

Pubblicato il 25/09/2020

**N. 05627/2020REG.PROV.COLL.
N. 09824/2019 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 iscritto in appello al numero di registro generale 9824 del 2019,
proposto da

Consulenze Progetti Sviluppo S.r.l., nella qualità di mandante del costituendo RTI con Exprivia S.p.A. (mandataria), e HuB Telematica S.c. a r.l. nella qualità di mandante del costituendo RTI con Exprivia S.p.A. (mandataria), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32.

contro

Poste Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Andrea Sandulli, Flavia Speranza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

nei confronti

Fincons S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli e Mario Di Carlo, con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Tufarelli in Roma, piazza Cavour 17;

Engineering Ingegneria Informatica S.p.A., Eustema S.p.A., Business Integration Partners S.p.A., non costituiti in giudizio.

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio
(Sezione Terza) n. 12540 del 2019, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fincons S.p.A. e di Poste Italiane S.p.A.;

Visto l'appello incidentale proposto da quest'ultima società;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Lo Pinto, Vagnucci, per delega di Cancrini, e Di Carlo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalle società Consulenze Progetti Sviluppo s.r.l. e HuB Telematica s.c. a r.l. (mandanti del costituendo RTI con Exprivia s.p.a.) contro Poste Italiane s.p.a. e nei confronti della società Fincons s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI costituito con *Engineering Ingegneria Informatica s.p.a.*, per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultimo della procedura aperta indetta da Poste Italiane per l'istituzione di un accordo quadro per la fornitura di servizi professionali per le attività di *IT Service Improvement* dei Servizi Postali di Tracciatura e Logistica Integrata, precisamente del lotto 2, relativo ai Servizi Postali di Logistica Integrata.

1.1. Il primo giudice, dopo avere respinto le eccezioni preliminari di inammissibilità e improcedibilità sollevate da Poste Italiane e Fincons, ha

trattato e respinto nel merito, nell'ordine:

- il primo motivo di ricorso e il primo motivo aggiunto, entrambi afferenti all'insufficiente punteggio tecnico assegnato al RTI Exprivia per i "Requisiti Tabellari" e, in particolare, per il requisito "AQLITR_REQ_199" del Capitolato Speciale, riguardante la certificazione "*Oracle Service Oriented Architecture Infrastructure Implementation Certified Expert*", di cui doveva essere in possesso una delle figure professionali offerte (il "*data architect*"), per ottenere, con valutazione automatica, un punto, che sarebbe invece stato illegittimamente negato dalla commissione di gara;
- il secondo motivo aggiunto, afferente al punteggio attribuito per il requisito discrezionale AQLITR_REQ_190, riguardante il dimensionamento offerto dai due raggruppamenti concorrenti;
- il terzo motivo aggiunto afferente alla valutazione del requisito relativo alla presentazione di n. 2 schede descrittive di analoghi servizi eseguiti in passato dal concorrente, articolato in due censure, una delle quali soltanto riproposta in appello (specificamente quella concernente il sub-criterio "*Importo economico del progetto descritto*");
- il quarto motivo aggiunto, afferente alla mancata esclusione del RTI aggiudicatario, nonostante la violazione del punto 10 del Capitolato speciale d'oneri e del punto 3.5.1 del Capitolato tecnico per avere offerto una organizzazione non aderente alle prescrizioni imposte dalla stazione appaltante (motivo non riproposto in appello);
- il motivo sviluppato nel ricorso principale (parimenti non riproposto in appello), relativo alla erronea/illegittima determinazione della base d'asta che sarebbe stata eccessivamente elevata, al punto tale da avere distorto la competizione di gara, provocando un appiattimento dei valori dei prezzi offerti in termini di ribasso percentuale sulla base d'asta, che, nel concreto, avrebbe penalizzato il RTI Exprivia, autore del ribasso più elevato tra i tre concorrenti in gara (motivo B.III del ricorso principale).

1.2. Rigettati ricorso e motivi aggiunti, le spese di lite sono state compensate fra tutte le parti in causa.

2. Consulenze Progetti Sviluppo s.r.l. e HuB Telematica s.c. a r.l. hanno avanzato appello con tre motivi.

Fincons s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI costituito con le mandanti *Engineering Ingegneria Informatica s.p.a.*, *Eustema s.p.a.* e *Business Integration Partners s.p.a.*, si è costituita per resistere all'appello.

Poste Italiane s.p.a. si è costituita e ha proposto appello incidentale con tre motivi.

2.1. Con ordinanza collegiale in data 17 gennaio 2020, n. 143, l'istanza cautelare dell'appellante è stata accolta ai soli fini della sollecita definizione del giudizio di merito, per la cui trattazione è stata fissata l'udienza pubblica del 17 settembre 2020.

2.2. Tutte le parti hanno depositato memorie e repliche.

2.3. All'udienza pubblica del 17 settembre 2020 la causa è stata discussa e rimessa in decisione.

3. L'appello incidentale è in parte infondato, in parte inammissibile per carenza di interesse.

3.1. E' infondato il primo motivo, col quale è riproposta l'eccezione, già respinta dal primo giudice, di inammissibilità del ricorso di primo grado per intervenuta acquiescenza della mandataria *Exprivia*, asseritamente contenuta nella comunicazione del 18 febbraio 2019 diretta a Poste Italiane.

In proposito la sentenza di primo grado ha attribuito a tale comunicazione il significato di rinuncia all'impugnazione degli atti di gara da parte della capogruppo mandataria del costituendo RTI (precisando *“il che è nel diritto della stessa la quale può liberamente decidere se assumere o non assumere iniziative a propria tutela [...]”*) e, quanto alla posizione delle mandanti, ha affermato che *“ciascuna impresa partecipante, anche se semplice mandante, può sempre, sia prima che dopo la formale costituzione del RTI, proporre impugnazione contro gli atti e i risultati della gara d'appalto, essendo titolare di autonoma legittimazione ad agire nell'ambito del*

raggruppamento di imprese. Mentre, con riguardo alla dichiarazione di acquiescenza alla gara da parte della mandataria Exprivia, resta fermo il fatto che, ai sensi dell'art. 48, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, sebbene il raggruppamento non sia stato ancora costituito, gli operatori economici che ne andranno a far parte (ivi compresa la futura impresa mandataria) hanno formalizzato, tra di loro e nei confronti della S.A., l'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione della gara, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti. Da tale impegno di natura contrattuale e fonte di responsabilità in caso di inadempimento, la Exprivia non può dirsi sciolta per effetto della dichiarazione sopra riportata che si limita a manifestare la volontà (legittima) di non assumere iniziative impugnatorie senza però poter comportare alcun effetto sull'impegno predetto.”.

3.1.1. La motivazione va integralmente confermata e trova pieno riscontro nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che riconosce la portata meramente processuale della scelta dell'impresa in associazione di non esercitare il diritto di azione e di impugnazione degli atti di gara e/o delle sentenze a sé sfavorevoli, fermi restando gli obblighi reciprocamente assunti dalle imprese in associazione ai fini dell'esecuzione del contratto in caso di esito processuale positivo e la legittimazione delle altre imprese ad impugnare gli atti di gara, nonché l'estensione del giudicato favorevole anche a vantaggio della capogruppo che non abbia agito in giudizio (cfr. Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2013, n. 714).

3.2. E' invece inammissibile per carenza di interesse il motivo col quale l'appellante incidentale ha impugnato il rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione del bando di gara.

3.2.1. Come obiettato da parte dell'appellante principale, l'eccezione di Poste Italiane, già formulata in primo grado, era riferita al terzo motivo del ricorso, riguardate la sovrastima della base d'asta. Tuttavia il motivo è stato respinto dal Tribunale amministrativo regionale e le appellanti non hanno impugnato

tale statuizione di rigetto, sulla quale si è perciò formato il giudicato interno. Questo priva di interesse il secondo motivo dell'appello incidentale.

3.3. Infine è infondato il terzo motivo, col quale è reiterata l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per *“mancata coincidenza soggettiva tra il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti”*, dato che il primo è stato proposto congiuntamente dalle due società mandanti e il secondo soltanto dalla Consulenze Progetti Sviluppo.

In proposito il primo giudice ha osservato che *“anche a prescindere dall'accertamento (invero, problematico) relativo alla qualificazione in termini di “mero errore materiale” della omessa indicazione, nell'epigrafe dei motivi aggiunti, degli estremi della HuB (con menzione soltanto di una delle due ricorrenti originarie, vale a dire la CPS), le domande proposte ex art. 43 c.p.a., seppur riferite alla sola CPS, restino pienamente ammissibili in quanto:*

- *esse investono i medesimi provvedimenti impugnati con il ricorso e non atti ulteriori;*
- *seppur non vi è identità dei motivi (tra ricorso e ricorso per motivi aggiunti), è però evidente che quelli proposti successivamente ex art. 43 c.p.a. si pongono in rapporto di progressiva specificazione rispetto alle censure articolate inizialmente da entrambe le imprese “mandanti” nei motivi I e II, atteso che i motivi aggiunti specificano, alla luce della documentazione acquisita da CPS in sede di accesso ai documenti di gara, quanto già sommariamente denunciato, in termini generici, nel ricorso, sempre con riguardo ai dedotti errori di valutazione compiuti dalla Commissione di gara, sia nell'attribuzione dei punti relativi ai “Requisiti Tabellari”, sia con riguardo all'assegnazione del punteggio afferente ai “Requisiti su base discrezionale”;*
- *quanto precede dimostra che non vi può essere alcun conflitto di interessi tra le due società originarie ricorrenti, entrambe titolari di una posizione sostanziale (e processuale) omogenea in quanto mosse dall'interesse comune di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del RTI Fincons, onde ottenere il subentro nell'affidamento del costituendo RTI di cui fanno parte;*
- *la sostanziale omogeneità dell'interesse azionato esclude un conflitto di interessi tra CPS e HuB nel raffronto tra motivi iniziali e aggiunti e consente l'esame nel merito di questi*

ultimi, anche ove si ritengano materialmente proposti dalla sola CPS”.

3.3.1. La motivazione va confermata, così come va ribadito che nella fisiologia del giudizio proposto collettivamente da più soggetti cointeressati alla caducazione del provvedimento, la scelta di ciascun ricorrente di proseguire l'azione attraverso la partecipazione agli atti di impulso processuale rimessi all'iniziativa di parte ovvero, anche, di proporre motivi aggiunti, o rinunciare al ricorso non incide sull'ammissibilità del ricorso originario ovvero sulla procedibilità dell'intero giudizio. Ed invero, anche qualora sia stato proposto un unico ricorso, rileva l'autonomia e la scindibilità delle posizioni soggettive azionate, di modo che le iniziative processuali di ciascun ricorrente non hanno ricadute immediate sulle posizioni processuali degli altri.

3.4. L'appello incidentale di Poste Italiane va respinto.

4. Col primo motivo dell'appello principale si censura il rigetto del primo motivo di ricorso e del primo motivo aggiunto.

Sulla base di un parere richiesto dal RUP ad un dirigente della Oracle Italia, durante le operazioni di valutazione del requisito da parte della commissione di gara, il primo giudice ha ritenuto che *“la ragione della mancata assegnazione del punteggio non riguarda la tipologia di certificazione in sé, la “11g”, in effetti posseduta dal dipendente della Exprivia, bensì il distinto profilo dei diversi livelli in cui ciascuna certificazione va ad articolarsi. Anche per la citata “Oracle SOA Suite 11g Specialist”, come per le diverse certificazioni succedutesi (sebbene il termine “specialist” utilizzato per identificare “in toto” la certificazione in discussione possa ingenerare qualche equivoco), sono previsti dalla Oracle diversi livelli di competenza: “Junior Associate; Associate; Professional; Master; Specialist; Expert”. Quindi le certificazioni a confronto fanno entrambe riferimento ad una medesima certificazione ma una di livello Expert, l'altra di livello Specialist (parere Oracle citato). La certificazione di livello “expert”, posseduta sia dal RTI aggiudicatario che dal terzo operatore partecipante, è superiore a quella di livello “specialist”, posseduta da Exprivia. Ma il livello “expert” era proprio quello preteso dal Capitolato Tecnico mediante il requisito in discorso, che Exprivia non ha dimostrato di possedere, in quanto la figura professionale da essa proposta è un “Oracle certified*

specialist” (e non un “expert”). Appare pertanto legittima, in quanto basata su un presupposto di fatto oggettivo e apprezzabile, la mancata attribuzione del punto previsto per il requisito tabellare in questione (denominato “AQLITR_REQ_199” nel Capitolato Speciale).”.

4.1. Le appellanti sostengono che: la Oracle non avrebbe più reso disponibile per il prodotto *SOA Suite* alcuna certificazione di livello *Expert*, sebbene tale circostanza non si evinca dalle risposte fornite al RUP dal referente commerciale di Oracle Italia, perché il quesito rivolto agli avrebbe creato un fraintendimento, in quanto riferito ad una certificazione (*ORACLE SOA Suite 11g Infrastructure Implementation Certification Expert*) che non avrebbe nulla a che vedere con quella richiesta dal capitolato speciale; sarebbe più attendibile la dichiarazione della stessa Oracle (in persona del suo organismo centrale competente per le certificazioni, la *Oracle Certification Program*), prodotta dalla ricorrente in primo grado, secondo cui la certificazione offerta da CPS ha sostituito la certificazione prevista dal capitolato, di cui costituisce (insieme alla *ORACLE SOA Suite 12c*) la versione successiva; i chiarimenti della stazione appaltante avrebbero indicato, con ogni evidenza, la possibilità di presentare, ai fini della valutazione del requisito *AQLITR_REQ_199*, anche le certificazioni *12c* e *11g* di livello *Specialist*.

4.2. Il motivo è infondato.

Lo scambio di e-mail tra la stazione appaltante e il corrispondente italiano della ORACLE (prodotte come allegato 15 della documentazione depositata in primo grado da Poste Italiane) smentisce i primi due assunti delle appellanti, in quanto, nel confermare le circostanze già valorizzate dal primo giudice, conferma altresì che la certificazione *ORACLE SOA Suite 11g* (o *12c Certified Implementation* (entrambe versioni aggiornate della certificazione richiesta dal capitolato speciale, come si evince anche dal documento 21 prodotto dalle appellanti in primo grado) mantenne la distinzione in livelli (*Junior Associate, Associate, Professional, Master, Specialist, Expert*), mentre non vi è alcuna possibile confusione con la certificazione *ORACLE IT Architecture*

SOA 2013 Certified Architecture (citata soltanto per distinguerla dall'altra, unica rilevante a fini di gara, come si evince dal tenore della risposta in cui viene menzionata).

4.2.1. A fronte di tali risultanze, i chiarimenti così come forniti dalla stazione appaltante nel testo riportato in atti (“*si conferma in quanto trattasi di versione successiva*”, riferito alla versione *12c*, e “*si rimanda alla risposta al quesito n. 1*”, riferito alla versione *11g*) presentano dei margini di ambiguità. Tuttavia non si può mancare di considerare:

- per un verso, che nelle risposte non vi è alcun riferimento ai diversi livelli di certificazione, ma soltanto all'equivalenza delle versioni successive rispetto a quella richiesta dal capitolato speciale;
- per altro verso, che tale equivalenza è esplicitata soltanto per la versione *Suite 12c*, mentre non è stata affatto esplicitamente affermata l'equivalenza per la versione precedente *Suite 11g* (posseduta dal professionista indicato dalle ricorrenti).

Non risulta quindi esservi esatta corrispondenza della certificazione offerta da CPS a quelle ritenute valide con i chiarimenti, restando rimesso alla commissione di gara di considerare, con riferimento alla versione *Suite 11g*, quanto meno i diversi *livelli di certificazione*, alla stregua del parere ottenuto dal RUP da parte del corrispondente di ORACLE Italia (con la precisazione che la commissione di gara si è comunque attenuta alla disciplina dell'attribuzione dei punteggi dettata dalla legge di gara e non si è basata su tale parere, che ha fornito soltanto riscontro all'operato della commissione).

Giova aggiungere che la suesposta interpretazione dei chiarimenti è quella che risulta più aderente alla legge di gara, laddove per contro, come osservato in giudizio dalla stazione appaltante, il significato che le appellanti pretendono di attribuirvi avrebbe finito per modificare inammissibilmente la legge di gara, rendendo illegittimi i chiarimenti medesimi (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243, nel senso che, secondo univoca giurisprudenza, i chiarimenti “*non possono modificare o integrare le fonti della procedura rappresentate da*

bando, disciplinare e capitolato, le quali vanno interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, vincolando l'operato dell'amministrazione, che deve farne applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in forza del principio di tutela della parità di trattamento dei concorrenti, che sarebbe pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara nel corso della procedura").

4.3. Il primo motivo dell'appello principale va respinto.

5. Col secondo motivo si critica il rigetto della censura concernente la valutazione dei "Requisiti su base discrezionale" e in particolare del criterio "Schede di progetto ambito Logistica Integrata", sub criterio 5 (*Importo economico del progetto descritto*).

In proposito, il primo giudice ha ritenuto che *"Quanto alla non veridicità dell'importo del progetto, quantificato dal RTI Fincons in Euro 606.091,83, somma nella quale sarebbe stata indebitamente computata anche una fattura (la n. 688 del 30 marzo 2017, di circa euro 20.000,00) della quale Poste Italiane avrebbe in seguito verificato l'indebita emissione da parte di Fincons (riferendosi essa, in realtà, a prestazioni che eseguite unicamente dalla Società ricorrente), il Collegio non può non rilevare il dato cronologico, per cui, alla data del 20 marzo 2018, termine ultimo per la presentazione delle offerte, la fattura contestata da CPS appariva ancora esistente e "regolare", poiché la relativa nota di credito (con conseguente azzeramento del relativo importo e sottrazione di esso dal fatturato afferente al servizio) è intervenuta soltanto in data successiva. Da ciò consegue che la dichiarazione, al momento della presentazione dell'offerta in gara, doveva ritenersi formalmente corretta per l'importo nel senso che non poteva ancora ritenersi, fino a quel momento, non veritiero il fatturato come dichiarato, alla luce dei dati contabili della società.*

Quanto alle ragioni (mero errore, condotta intenzionale, sovrapposizione di attività o altro) alla base dell'indebita emissione, l'assenza -per quanto consta al Collegio- di attività istruttorie successive e di contestazioni formali da parte di Poste, non consente di aderire alle conclusioni a cui perviene parte ricorrente ai fini dell'accertamento di condotte scorrette meritevoli della sanzione espulsiva nell'ambito della presente gara."

5.1. Le appellanti sostengono che la dichiarazione concernente l'importo economico del progetto si sarebbe dovuta considerare non rispondente al vero e perciò comportante la sanzione espulsiva ai sensi dell'art. 75 d.p.r. n. 445 del 2000 e 80, comma 5, lett. f bis) e c), del d.lgs. n. 50 del 2016; la fattura era stata oggetto di una segnalazione da parte di CPS all'Organismo di vigilanza di Poste Italiane (perché avrebbe invece dovuto essere pagata a CPS ed, in effetti, a seguito della segnalazione, Poste aveva corrisposto l'importo a CPS ed aveva annullato la corrispondente indebita fattura emessa da Fincons); l'aggiudicataria avrebbe perciò dichiarato un importo economico non vero, aggiungendo a quello reale il valore di una fattura illegittimamente emessa per prestazioni che non aveva eseguito; la sentenza è errata laddove afferma che la dichiarazione fosse "formalmente corretta" e non tiene conto del fatto che la nota di credito è stata emessa esattamente il giorno successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (cioè il 21 marzo 2018); perciò, ed anche per le ulteriori ragioni esposte in ricorso, Fincons era consapevole che l'importo dichiarato non corrispondeva al vero; comunque, la stazione appaltante avrebbe dovuto compiere la relativa verifica (e applicare la sanzione espulsiva o tenerne conto ai fini del punteggio) anche dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte; ancora, avrebbe dovuto considerare la sussistenza di un grave illecito professionale non dichiarato dall'interessata, a maggior ragione considerando la violazione del Codice di comportamento fornitori e partner di Poste Italiane, che era parte integrante della disciplina di gara (art. 5, riportato in ricorso).

5.2. Il motivo non merita favorevole apprezzamento.

Tenuto conto delle argomentazioni esposte nella sentenza di primo grado per superare la censura di "non rispondenza al vero" della dichiarazione resa dal RTI aggiudicatario sull'importo economico del progetto, è evidente che:

- non si tratta di *falsa dichiarazione*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del codice dei contratti pubblici, atteso che deve intendersi per tale una dichiarazione riferibile ad un dato di realtà, cioè ad una situazione

fattuale per la quale si possa porre immediatamente l'alternativa logica vero/falso, vale a dire una dichiarazione per la quale si possa predicare che “*la realtà cui essa si riferisce sia in rerum natura*” (così, in termini, da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen. 28 agosto 2020, n. 16), tale non essendo nel caso di specie l'indicazione dell'importo economico del progetto, se non altro per l'alternativa tra il dato formale (ritenuto valido anche dal giudice di primo grado) e il dato sostanziale (su cui insistono le appellanti);

- non si tratta di falsa dichiarazione ai sensi e per gli effetti dello stesso art. 80, comma 5, lett. c-bis), poiché non suscettibile di influenzare *le decisioni sull'esclusione o sulla selezione* in quanto non riguardante un requisito di partecipazione (ma un elemento valutabile ai fini dell'attribuzione del punteggio), né suscettibile di *influenzare l'aggiudicazione* poiché -anche in considerazione dell'importo della fattura e della rilevanza dell'importo economico quale sub-criterio di valutazione- è stato dimostrato dalla stazione appaltante (senza smentita da parte appellante) che l'asserita “falsità” non ha avuto alcuna incidenza favorevole sull'attribuzione del punteggio nei confronti del RTI aggiudicatario;

- anche a voler ricondurre la fattispecie all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) o, come pure sostenuto dalle appellanti, lett. c), sub specie di grave illecito professionale, l'indebita considerazione dell'importo della fattura contestata non avrebbe mai potuto comportare l'espulsione “automatica” invocata dalle appellanti, dovendo essere apprezzata dalla stazione appaltante; nel caso di specie, pur essendo mancate, come già rilevato dal giudice di primo grado, “*attività istruttorie successive*” e “*contestazioni formali*” da parte di Poste Italiane, è sufficiente osservare che le prime erano del tutto inutili, trattandosi di circostanze ben note a Poste Italiane e, malgrado ciò, la stazione appaltante ha ritenuto di evitare anche le “contestazioni formali”, evidentemente apprezzando la dichiarazione contestata come priva di qualsivoglia rilevanza sia, come detto, ai fini della gara, sia ai fini dell'integrità e affidabilità del RTI aggiudicatario.

5.3. Il secondo motivo di appello va respinto.

6. Col terzo motivo si critica il rigetto della censura concernente la valutazione del criterio “Dimensionamento del Team”, afferente ai “Requisiti su base discrezionale”.

In proposito, il primo giudice ha svolto il seguente iter motivazionale:

- ha premesso che *“il requisito AQLITR_REQ_190 del Capitolato Speciale d’Oneri costituisce, espressamente, oggetto di valutazione discrezionale, senza che operino automatismi che vincolino l’attività della Commissione, chiamata ad operare nel solo rispetto dei noti e generali limiti di principio costituiti dalla logicità, dalla ragionevolezza e assenza di errori di fatto, entro i quali possono e devono esplicitarsi, in generale, le valutazioni tecniche delle Commissioni di gara”*;

- ha constatato che *“<<nel Capitolato, con riguardo al requisito tecnico “de quo” si legge che “Ai fini dell’attribuzione del punteggio (max 4 punti) sarà valutata la coerenza con il dimensionamento stimato da Poste Italiane, tenendo conto, in caso di scostamento, delle evidenze a supporto delle motivazioni che hanno determinato lo scostamento”. E’ importante sottolineare che l’attribuzione del punteggio è modulata in funzione della coerenza (e non dell’identità) tra l’ “effort” proposto ed il dimensionamento stimato da Poste Italiane, senza che la disposizione vincoli la Commissione ad attribuire il punteggio massimo all’ipotesi in cui il dimensionamento offerto sia del tutto coincidente con quello programmato dall’ente aggiudicatore. Invero la possibilità di uno scostamento motivato e giustificato, anche in senso migliorativo, rispetto al dimensionamento ritenuto “normale” dalla legge di gara implica che tale scostamento, oltre ad essere legittimo, possa anche essere apprezzato positivamente e comportare un punteggio migliore [...]>>*;

- dato conto della graduazione dei giudizi prevista nella legge di gara, ha poi ritenuto che *“<<nella specie, la Commissione giudicatrice, nel valutare la coerenza del team offerto dai concorrenti con il dimensionamento stimato da Poste Italiane, non doveva quindi limitarsi ad una verifica meramente quantitativa (un “conteggio”) delle risorse messe a disposizione dagli operatori economici (effort), ma, piuttosto, era chiamata a considerare anche le competenze e l’esperienza maturate in capo a dette risorse, così da poter valutare se, nel suo complesso, il team proposto fosse idoneo (e in che misura) a fare fronte alle esigenze*

della Stazione appaltante, valorizzando, se del caso, la composizione del gruppo in grado di apportare ad esso, a livello qualitativo, un “quid pluris”>>;

- ha concluso che <<la formulazione della disposizione del Capitolato in termini di “coerenza” e non di “totale aderenza” rispetto al dimensionamento ipotizzato da Poste Italiane, la graduazione dei giudizi in termini qualitativi e aperti (soddisfazione “assoluta” oppure “piena” ecc. del requisito), la mancanza di automatismi nell’assegnazione dei punteggi, il carattere “expressis verbis” discrezionale del requisito in parola (stante l’inserimento del requisito tra quelli a valutazione discrezionale), sono tutti elementi che concorrono a ritenere che erano valutabili dalla Commissione i diversi elementi qualitativi che connotavano il team di lavoro o il relativo “skill mix”. Nella specie ha sicuramente influito la maggiore esperienza professionale (“seniority”) delle diverse figure che andavano a comporre il gruppo di lavoro offerto dal RTI Fincons. In definitiva la corrispondenza tra il dimensionamento previsto da Poste Italiana e quello offerto dalla concorrente non costituiva l’unico parametro di riferimento ai fini della valutazione del requisito “de quo” e non era destinata, detta corrispondenza, ad assicurare l’attribuzione del massimo dei punti (pari a 4); questa era peraltro l’interpretazione della clausola fornita “ex ante” proprio dalla S.A. che, nel rispondere ad un quesito - e cioè se sarebbe stato attribuito “il punteggio massimo di 4 punti, in caso il concorrente avesse offerto un dimensionamento del team, in termini di N. di risorse e effort (n. giornate), uguale a quello stimato da Poste Italiane nei documenti di gara” - rispondeva testualmente: “no, si ribadisce quanto previsto al requisito AQLITR_REQ_190”>>;

- ha aggiunto che “Sul piano della motivazione del punteggio attribuito, per il requisito in discorso, al RTI Fincons, si deve sottolineare che, le ragioni del minore dimensionamento offerto, venivano evidenziate, con sufficiente precisione, nella Relazione Tecnica prodotta dal Raggruppamento in corso di gara (doc. 6 controint.), nella quale si dà conto diffusamente dell’ottimizzazione del dimensionamento del team, atteso che il RTI Fincons dimostra di avere puntato sulla qualità della prestazione, offrendo un team di lavoro composto da risorse con “seniority” (esperienza specifica) e “skill” (capacità, abilità) superiori rispetto a quelle richieste dalla lex specialis, prevedendo, al contempo, una, invero, ben modesta riduzione dell’effort, giustificata dalla volontà di non maggiorare in modo eccessivo l’offerta

economica, attraverso l'aggravamento dei costi derivanti dall'inserimento di risorse con seniority più elevata (vedi doc. 6 controint., dep. 18.2.2019)."

6.1. Le appellanti insistono nell'evidenziare la circostanza che il loro RTI ha offerto un *team* con un dimensionamento esattamente corrispondente a quello stimato da Poste Italiane, ottenendo un punteggio pari a 3,238, mentre il RTI Fincons, che ha offerto un *effort* inferiore (di ben 758 giorni a persona) a quello stimato da Poste Italiane, ha conseguito un punteggio superiore pari a 3,619; il che sarebbe in violazione del canone della *lex specialis* per l'attribuzione del punteggio (*coerenza con il dimensionamento stimato da Poste Italiane*) e mancante di motivazione da parte della commissione di gara relativamente alla mancata attribuzione del punteggio massimo alle ricorrenti ed allo scostamento consentito al RTI aggiudicatario.

6.2. Il motivo è infondato.

Non è condivisibile l'interpretazione data dalle appellanti alla legge di gara, in quanto il presupposto da cui prendono le mosse (che il dimensionamento coincidente con quello stimato da Poste Italiane dovesse comportare, di per sé, l'attribuzione del punteggio massimo) non trova riscontro nella lettera della *lex specialis* e contrasta con la portata ampiamente discrezionale della relativa valutazione (per le ragioni bene esposte nella motivazione sopra riportata, che integralmente si condivide). Le ulteriori argomentazioni delle appellanti, in particolare quanto al rilievo da attribuirsi all'esperienza maturata in capo alle risorse del *team* e quanto alla portata della Relazione tecnica prodotta dal raggruppamento aggiudicatario, attengono alla discrezionalità del giudizio tecnico rimesso alla commissione di gara, che non risulta essere affatto illogico o manifestamente incongruente, una volta escluso che l'unico criterio di valutazione fosse quello della *coincidenza* del dimensionamento offerto con quello stimato.

A completamento della già ampia motivazione su riportata va detto che la richiesta della legge di gara di un dimensionamento *coerente* con quello stimato da Poste Italiane all'evidenza attribuiva rilievo non al mero dato *quantitativo*

dell'*effort* -modificabile dall'operatore economico per adeguarlo alla propria realtà imprenditoriale- ma anche al dato *qualitativo* ed alle caratteristiche del *team*, proprio in ragione della portata discrezionale e non tabellare del criterio in questione.

6.2.1. La portata inequivocabile del chiarimento della stazione appaltante –che ha interpretato la legge di gara in termini esattamente corrispondenti quelli su esposti- ha, poi, indotto le appellanti ad insistere nell'impugnazione del chiarimento –perché, a loro avviso, avrebbe completamente disatteso la *lex specialis*.

Palese è l'inversione logica del ragionamento seguito per sostenere le ragioni dell'impugnazione, atteso che -essendo la risposta al quesito assolutamente chiara e per nulla incompatibile con la legge di gara- ne va preferita l'interpretazione che -in ossequio al criterio ermeneutico di conservazione degli effetti dell'atto (arg. ex art. 1367 cod. civ.)- esclude la portata innovativa del chiarimento ed attribuisce alla risposta proprio la funzione definitivamente chiarificatrice attesa nel rivolgere il quesito alla stazione appaltante.

Il chiarimento ha reso più chiari e comprensibili il significato e la *ratio* della legge di gara ed è quindi perfettamente legittimo, alla stregua della consolidata giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, III, 23 maggio 2019, n. 3376 ed altre, tra cui id. III, 7 febbraio 2018, n. 781).

7. In conclusione, va respinto anche l'appello principale.

8. La soccombenza reciproca consente la compensazione delle spese tra appellanti principali e appellante incidentale.

8.1. Le spese processuali seguono la soccombenza nei rapporti tra le appellanti principali e la controinteressata Fincons s.p.a. e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa le spese tra le appellanti principali e l'appellante incidentale.

Condanna le appellanti, in solido, al pagamento delle spese processuali in favore dell'intimata Fincons s.p.a., che liquida nell'importo complessivo di € 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO