

Pubblicato il 15/04/2021

N. 03117/2021REG.PROV.COLL.
N. 07912/2020 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 in appello iscritto al numero di registro generale 7912 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

A.G.COM. - Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Infojuice s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con IZI s.p.a. quale mandante, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria e Federico Fedrizzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Contaldi La Grotteria in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

nei confronti

Geca Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Salandra, 34;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione terza, 18 settembre 2020, n. 09610/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infojuice s.r.l. e di Geca Italia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Sono presenti in collegamento da remoto gli avvocati Carlo Contaldi La Grotteria, Federico Fedrizzi, Annalisa Di Giovanni e l'avvocato dello Stato Paola Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 5 aprile 2019 in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, l'A.G.COM. – Autorità per le garanzie nelle comunicazioni indicava una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento triennale del servizio di monitoraggio servizi nazionali comunicazione audiovisiva e radiofonica.

Era prevista la possibilità di presentare offerta per tutti i (quattro) lotti in cui era suddivisa la gara, ma che fosse possibile rendersi aggiudicatari alternativamente del lotto 1 o 2 e, comunque, di non più di tre lotti.

Ai fini del presente giudizio interessa il lotto n. 2 ("Area pluralismo").

1.2. Il disciplinare di gara prevedeva una soglia minima di sbarramento, a pena di esclusione, di 50/75 punti.

Nella tabella 12) del medesimo disciplinare erano riportati i criteri di valutazione delle offerte, suddivisi in diversi sub – criteri.

In particolare, per interessa al presente giudizio, va rammentato il criterio "*Capacità tecnica e caratteristiche tecnologiche*" (che valeva 40 punti) era suddiviso nei sub criteri: 1.1. "*Certificazione ulteriore*", 1.2 "*Professionalità tecniche stabilmente operanti nell'impresa: possesso di titoli di specializzazione (laurea in ingegneria, informatica, sociologia, scienze delle comunicazioni, economia e management,*

giurisprudenza)”, 1.3. “*Dotazione tecnologica per la rilevazione e l’archiviazione dei dati oggetto di monitoraggio prendendo particolarmente in considerazione: - apparecchiature riceventi, - hardware di registrazione, - archiviazione emesso – numero di postazioni)*”; 1.4. “*Dotazione informatica per l’elaborazione e la gestione dei dati di monitoraggio, avuto specifico riguardo alle singole tipologie di programmazione oggetto di verifica (comunicazione commerciale, pluralismo politico, obblighi di servizio pubblico, tutela dei minori e obblighi di programmazione)*” e il criterio, “*Caratteristiche metodologiche e qualitative*” (che valeva 35 punti), suddiviso nei sub criteri: 2.1. “*Organizzazione delle attività di monitoraggio, prendendo particolarmente in considerazione: - processo, fasi e responsabilità – verifica di processo – controllo di qualità*”; 2.2. “*Organizzazione del gruppo di lavoro impegnato nelle attività: - numero degli addetti – postazioni dedicate – esperienza specifica nel settore del monitoraggio della comunicazione audiovisiva e radiofonica*”, 2.3. “*Tempistica: - aggiornamento database (migliorativo rispetto all’allegato tecnico) – aggiornamento tassonomie e classificazione – risposta alle richieste specifiche dell’autorità – ripristino del servizio (migliorativo rispetto all’allegato tecnico)*”.

1.3. Per il lotto 2 presentava offerta l’odierno appellato r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con Infojuce s.r.l. come mandataria e IZI s.p.a. come mandante, che, con 46,28 punti, veniva escluso dalla gara per mancato superamento della soglia di sbarramento (verbale del 28 ottobre 2019 n. 16).

Con delibera n. 529/19/CONS del 16 dicembre 2019, il lotto era aggiudicato all’altro concorrente Geca Italia s.r.l.; nella medesima delibera era disposta l’aggiudicazione degli altri lotti ad altri operatori economici.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Infojuice s.r.l. impugnava tutti gli atti della procedura di gara, compreso il verbale del 28 ottobre 2019 e la delibera di aggiudicazione definitiva.

2.1. Resistente l’A.G.COM. e Geca Italia s.r.l., il giudice di primo grado, con sentenza della sezione terza, 18 settembre 2020, n. 9610, accoglieva il primo motivo di ricorso e per l’effetto annullava la procedura per illegittimità del disciplinare di gara quanto ai criteri di valutazione delle offerte 1.3, 1.4, 2.2. e

2.3.della tabella 12; conseguentemente erano annullati tutti i verbali di gara e il provvedimento di esclusione della ricorrente, nonché, il provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata (quest'ultimo impugnato con motivi aggiunti).

2.2. Il tribunale condivideva la censura della ricorrente secondo cui erroneamente la stazione appaltante aveva rimesso alla valutazione discrezionale della commissione giudicatrice l'assegnazione dei punteggi per i criteri di cui alla tabella 12 sub 1.3., 1.4., 2.2. e 2.3. trattandosi di criteri puramente quantitativi.

In particolare, quanto al criterio 1.3), il punteggio era assegnato in relazione ad elementi da ponderare per capacità e potenza, come la *velocità del processore*, lo *spazio di archiviazione* e la *quantità di memoria c.d. RAM*, ovvero per livello di quantità delle apparecchiature riceventi e delle postazioni tecnologiche.

Allo stesso modo, in termini numerici era apprezzabile l'elemento oggetto di valutazione in relazione al criterio 1.4), vale a dire la dotazione informatica dell'operatore, e quello previsto al criterio 2.2., consistente: a) nel gruppo di lavoro offerto per l'esecuzione del servizio e, quindi, in un insieme di persone, e, precisamente, nel "numero di addetti" con la loro esperienza specifica nel settore (anch'essa, peraltro, misurabile numericamente sulla base delle quantità di referenze, di anni o periodi di lavoro presso aziende o enti che abbiano svolto gli stessi servizi oggetto di gara o servizi analoghi) e b) nelle postazioni dedicate, anch'esse numericamente quantificabili.

Infine, criterio quantitativo era reputato anche quello *sub 2.3)* della tabella, trattandosi di punteggio da assegnare in relazione al "*fattore tempo*" (di aggiornamento del *database*, di aggiornamento tassonomie e classificazioni, di risposta alle richieste dell'Autorità, di ripristino del servizio), componente dell'offerta soggetto per antonomasia a misurazione, senza spazi di valutazione discrezionale.

2.3. Era, inoltre, ritenuto fondato il sesto motivo diretto a contestare il provvedimento di aggiudicazione a Geca Italia s.r.l. per mancato

accertamento dell'anomalia dell'offerta.

Secondo il giudice di primo grado, l'Autorità, per quanto non fosse tenuta dalle disposizioni del codice essendo state ammesse in gara solamente due offerte, avrebbe dovuto, comunque, sottoporre a verifica di anomalia l'offerta dell'aggiudicataria per la presenza di specifici elementi che facevano apparire lampante l'anomalia; evenienza che annulla ogni margine di scelta sul sottoporre l'offerta a verifica di anomalia.

Del tutto incongruo era, in particolare, il costo mensile medio dei dipendenti impiegati quale ricavabile dai dati forniti dall'operatore economico: detto costo, che poteva essere fissato, con agevole calcolo, in circa € 781 lordi, appariva *ictu oculi* assolutamente esiguo tenuto conto che nello stesso dovevano ritenersi compresi anche gli oneri assistenziali e previdenziali, la quota TFR, le festività, le malattie e considerato che lo stesso poteva essere ricavato dalla divisione del costo mensile complessivo per il numero di dipendenti senza, cioè, distinguere tra i diversi profili dei dipendenti, alcuni dei quali probabilmente destinatari di una retribuzione maggiore degli altri.

In definitiva, tale elemento rendeva l'offerta dell'aggiudicataria completamente inattendibile considerato che il costo della manodopera pesava sul valore complessivo dell'offerta per oltre il 75%.

3. Propone appello l'A.G.COM.; si è costituita Geca Italia s.r.l. con appello incidentale, nonché Infojuice s.r.l.

Le parti hanno depositato memorie *ex art.* 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche di Geca Italia s.r.l. e di Infojuice.

All'udienza del 21 gennaio 2021 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo dell'appello di A.G.COM., articolato in due censure, (rubricato: *“1. Erroneo annullamento della delibera di aggiudicazione definitiva anche con riferimento ai lotti n. 1, 3 e 4. Inoppugnabilità della esclusione e dei relativi atti di gara. Vizio di ultrapetizione. 2. Inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione espressa della esclusione e degli ulteriori atti di gara con riferimento ai lotti*

1,3, e 4”) è diretto a contestare la sentenza di primo grado per aver annullato l’intera procedura di gara, sebbene il ricorso fosse diretto ad impugnare l’esclusione per il solo lotto due, all’aggiudicazione del quale unicamente poteva aspirare la ricorrente; a parere dell’Autorità, il giudice di primo grado avrebbe dovuto limitare gli effetti caducatori dell’accoglimento al singolo lotto interessato.

1.1. Con altro motivo la sentenza di primo grado è censurata per “*Erroneità della sentenza con riferimento all’accoglimento del primo motivo di ricorso (e per invalidità derivata, anche del quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti volto all’annullamento dell’aggiudicazione). Carenza di motivazione e contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione dell’art. 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dei principi in materia di adozione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Contrasto con il disciplinare di gara. Errata qualificazione di criteri oggetto di contestazione come necessariamente quantitativi*”: contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, i criteri di cui ai punti 1.3. e 1.4. (in sintesi: *dotazioni tecnologiche ed informatiche*) non erano criteri meramente “quantitativi”, ma criteri “qualitativi” poiché richiedevano per l’assegnazione del punteggio di appurare l’idoneità degli strumenti a disposizione dei concorrenti all’espletamento delle specifiche attività di monitoraggio del lotto da assegnare; allo stesso modo il criterio 2.2., in quanto riferito ai soggetti che l’impresa intendeva impiegare per le specifiche attività di monitoraggio, non era valutabile per il solo dato numerico delle unità di personale, ma richiedeva apprezzamento anche delle professionalità del personale.

Per il criterio 2.3. l’Autorità lamenta che non sia stata considerata la carenza di interesse del ricorrente che in relazione ad esso aveva riportato il massimo punteggio previsto dal disciplinare, e, comunque, evidenzia come anche il fattore tempo possa misurarsi in termini qualitativi mediante la comparazione delle tempistiche previste nelle varie offerte per attuare le diverse azioni richieste.

In breve, l'appellante critica la sentenza impugnata per aver ritenuto che fosse stato assegnato alla commissione giudicatrice un *illimitato potere di scelta*, sebbene il punteggio assegnabile per ogni criterio fosse contenuto nell'ambito di un *range* predeterminato, ulteriormente delimitato da un punteggio massimo complessivo e consentisse il miglior apprezzamento proprio della componente tecnica dell'offerta valorizzando l'elemento qualitativo su quello economico.

1.2. Con il proprio appello incidentale Geca Italia s.r.l. censura la sentenza di primo grado: a) per aver ritenuto ammissibile il motivo di ricorso rivolto a contestare la natura dei criteri di valutazione delle offerte predisposti dalla stazione appaltante sebbene rientri nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione la qualificazione stessa dei criteri come *qualitativi* o *quantitativi* (primo motivo di appello, punto 1.1.); b) per aver dichiarato ammissibile il predetto motivo di ricorso, pur in mancanza della c.d. prova di resistenza: essendo stato escluso dalla procedura di gara per mancato raggiungimento del punteggio fissato quale soglia di sbarramento, il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare che una diversa qualificazione dei criteri avrebbe condotto la commissione a riconoscergli il punteggio necessario a superare la fase dell'esame dell'offerta tecnica (punto 1.2.); c) per aver censurato la scelta dell'amministrazione di sottoporre a valutazione discrezionale della commissione i diversi profili dell'offerta, anzichè utilizzare criteri di natura tabellare (c.d. *on/off*), sebbene proprio tale ultima metodologia sia stata ritenuta dall'A.N.A.C., con il conforto della giurisprudenza, inidonea a valorizzare la qualità delle offerte (secondo motivo di appello).

2. Il terzo motivo dell'appello dell'A.G.COM. è fondato; i primi due restano assorbiti dal suo accoglimento; i motivi dell'appello incidentale di Geca Italia s.r.l. sono fondati nei termini di seguito esposti.

2.1. L'art. 95 (*Criteri di aggiudicazione dell'appalto*), comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che *“I documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa*

attribuita a ciascuno di essi anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato”; spetta alla stazione appaltante l’individuazione dei criteri di valutazione dell’offerta nel rispetto delle seguenti regole: a) in caso di aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, il punteggio economico non può pesare oltre il 30 per cento, dovendo valorizzarsi gli elementi qualitativi in modo da garantire un confronto concorrenziale effettivo su profili tecnici (art. 95, comma 10 – *bis*) e b) i criteri di valutazione hanno carattere oggettivo e si riferiscono ad aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto (art. 95, comma 6).

2.2. Secondo Infojuice non è consentito trattare criteri di valutazione *quantitativi* alla stregua di criteri *qualitativi*, ossia rimettendone l’apprezzamento ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante per violazione del principio di carattere generale posto ad apertura dell’art. 95 per il quale “*I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell’offerta*”.

La censura, così come formulata, è infondata sia in astratto per il tipo di vizio prospettato, sia in concreto per la natura degli singoli criteri di valutazione sui quali si appunta.

2.3. La distinzione tra criteri *quantitativi* e *qualitativi* dipende dagli elementi dell’offerta cui è riferita la valutazione della commissione giudicatrice; in tal senso, sono criteri *qualitativi* quelli attinenti ad elementi tecnici dell’offerta, ovvero esplicativi delle modalità di svolgimento del servizio (di esecuzione dei lavori e della fornitura), mentre sono *quantitativi* i criteri riferiti ad elementi estrinseci all’offerta (come il prezzo, il tempo di esecuzione, e così via).

Gli uni e gli altri richiedono una valutazione da parte della commissione giudicatrice, che, per entrambi può ben essere espressa in termini numerici – per i criteri *quantitativi* perché normalmente espressi con dati numerici, ma anche per i criteri *qualitativi*, poiché, a ben considerare, è sempre possibile mediante un procedimento logico – intellettuale individuare un indice di

misurazione in grado di tradurre l'apprezzamento in un dato numerico – la differenza sta nel fatto che, per i primi, di norma il risultato della valutazione è certo, nel senso che ad un dato livello corrisponde sempre un medesimo punteggio, mentre per i secondi resta opinabile.

2.4. Vero questo, la contestazione rivolta alla stazione appaltante, di aver trattato criteri *quantitativi* come criteri *qualitativi* è impropria, poiché anche i criteri *quantitativi* sono rimessi alla valutazione (o all'accertamento) della commissione giudicatrice ed anche per essi l'apprezzamento si esprime (o può esprimersi) mediante punteggio; si può contestare la mancata predisposizione di una tabella di corrispondenza (per cui ad un certo livello di possesso dell'elemento corrisponde un dato punteggio), ma, a parte che la sua adozione non è richiesta da alcuna norma specifica, resta il fatto che non v'è ragione di censura se non c'è stata disparità di trattamento nella loro applicazione alle offerte concorrenti, ovvero se tutte le offerte sono state apprezzate allo stesso modo.

2.5. Ad ogni modo, i criteri di valutazione contestati sono di natura *qualitativa* e non *quantitativa*; è prevista l'assegnazione di punteggi in ragione (dell'apprezzamento) di elementi tecnici dell'offerta quali sono i mezzi messi a disposizione dal concorrente per lo svolgimento del servizio (nel caso dei criteri relativi alla *dotazione tecnologia* e alla *dotazione informatica*, criteri sub 1.3. e 1.4), delle modalità di organizzazione del lavoro (criterio dell'organizzazione del gruppo di lavoro) e dei tempi di esecuzione delle prestazioni promesse (criterio della tempistici, 2.3).

2.6. Ciascuno di essi implica una valutazione della commissione giudicatrice effettuata sulla base di competenze tecniche dall'esito opinabile poiché conseguenza della correlazione tra i mezzi, l'organizzazione e i tempi, da una parte, e il servizio richiesto dalla stazione appaltante quale oggetto del contratto in affidamento, dall'altra, in termini di maggiore/minore rispondenza dei primi al secondo, traducibile nel punteggio numerico che ciascun commissario era chiamato ad assegnare.

2.7. Per le considerazioni finora svolte, le critiche del giudice di primo grado all'operato della stazione appaltante – e, segnatamente, l'accusa di aver introdotto nell'attività di selezione delle offerte un delta di soggettività e opinabilità *“che ha causato discriminazione e mancanza di trasparenza”* con lesione del legittimo affidamento dei concorrenti al riconoscimento del punteggio effettivamente meritato – necessitavano di concreto riscontro rispetto a quanto effettivamente accaduto in corso di gara affinché potesse decidersi per l'annullamento della procedura di gara.

3. Con il quarto motivo di appello l'A.G.COM. contesta la sentenza di primo grado per *“Erroneo accoglimento dei motivi aggiunti. Inammissibilità ed infondatezza del sesto motivo relativo alla pretesa sussistenza di anomalia dell'offerta. Violazione dell'art. 95, comma 10 e dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016. Contraddittorietà della motivazione. Inammissibilità di sindacato nel merito. Sostituzione dell'amministrazione nel rilevato superamento della soglia di anomalia”*: l'appellante si duole che il giudice abbia ritenuto dovuta la verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria sebbene: a) i servizi posti a gara avessero natura intellettuale, e i concorrenti fossero per questo esonerati dall'indicazione in offerta dei costi della manodopera, indispensabili, invece, per accertare l'eventuale anomalia dell'offerta; b) i costi della manodopera non potessero essere presi in considerazione dalla commissione poichè estranei al contenuto dell'offerta di Geca Italia s.r.l., ed inseriti per errore (in un campo da compilare) sulla piattaforma informatica; c) il sesto comma dell'art. 95 metta in facoltà della stazione appaltante la verifica di anomalia in presenza di elementi specifici, che, nel caso di specie il R.u.p. aveva escluso dopo accurata analisi conformemente alle indicazioni della commissione giudicatrice, che non aveva affatto suggerito, come assume il giudice, di effettuare la verifica di anomalia, ma si era limitata a rimettere alla stazione appaltante *“le ulteriori attività di competenza”*; d) gli elementi indicati dal giudice di primo grado come all'evidenza sintomatici di anomalia fossero, invece, del tutto coerenti con il profilo tecnico dell'offerta; tale era in particolare il ribasso del 5% offerto dalla Geca, che, sebbene piuttosto esiguo

(ma proprio per questo inidoneo a far sorgere dubbi sull'attendibilità dell'offerta), risultava in linea con il costo dei contratti in essere e, comunque, coerente con una proposta tecnica (giudicata) particolarmente qualitativa (e, in quanto tale, eseguita ad un costo più elevato).

3.1. Completano la contestazione al capo di sentenza di annullamento del provvedimento di aggiudicazione le argomentazioni spese da Geca Italia s.r.l. nel terzo motivo del suo appello incidentale (*“Error in procedendo e in iudicando. Erroneità della sentenza (capi 7, 7.1, 8, 8.1, 9, 9.1, 9.1.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 10 e 11), con riferimento al VI motivo del ricorso per motivi aggiunti relativo all’anomalia della offerta di Geca Italia. Contraddittorietà nonché violazione e falsa applicazione dell’art. 97 e dell’art. 95 co. 10 del d.lgs. 50/2016. Inammissibilità sindacato di merito. Decisione sostitutiva del Collegio rispetto a valutazioni della Stazione appaltante”*); l'appellante imputa al giudice di primo grado di aver superato i limiti del suo sindacato: avrebbe dovuto limitarsi a verificare la legittimità della scelta dell'amministrazione di non procedere alla verifica di anomalia dell'offerta, si era invece speso nella verifica di attendibilità della stessa aderendo in pieno al ragionamento proposto dal ricorrente per l'individuazione del costo unitario.

Ribadite le argomentazioni già esposte dall'Autorità che giustificavano la mancata verifica dell'anomalia dell'offerta, l'appellante incidentale precisa che il costo unitario per dipendente non era affatto quello considerato dal giudice (di € 781 lordi); occorre, infatti, tener conto del fatto che gli operatori addetti all'esecuzione del servizio (58 unità suddivise in 2 responsabili, 6 supervisori, 35 analisti *senior*, 15 analisti *junior*), erano dipendenti formati ed impiegati dalla società per lo svolgimento di servizi di monitoraggio anche per altre commesse, con organizzazione del lavoro mediante turni limitati ad un numero circoscritto di ore così da coprire, anche con più operatori, l'intera giornata lavorativa.

L'appellante, infine, fornisce una tabella nella quale è riportato il “costo medio mensile” per il singolo dipendente, ovvero quanto effettivamente pesa il costo del lavoratore sulla sua organizzazione aziendale, in grado di

dimostrare come si tratti di costo ampiamente superiore a quello ipotizzato dal giudice di primo grado seguendo il calcolo matematico proposto dal ricorrente e tale da garantire la sicura attendibilità dell'offerta.

4. I motivi sono fondati.

4.1. Si chiede con i motivi di appello di valutare se, per la natura dei servizi in affidamento, per le modalità di svolgimento della procedura di gara, ed infine per le caratteristiche dell'offerta, la stazione appaltante fosse tenuta ad avviare la verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

4.2. Al riguardo, va precisato che la natura intellettuale del servizio – ammesso che tale sia quello in affidamento (e non anche, come pare più esatto, un servizio nel quale solo in parte sono richieste prestazioni di natura intellettuale, con conseguente necessità di indicazione dei costi, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2021, n. 1291, dà atto, però di un contrasto sul punto, Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7749) – rileva ai soli fini della (obbligatoria) indicazione in offerta dei costi della manodopera.

L'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, impone l'indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera (e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro) *“ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)”*.

Nel caso di specie, peraltro, l'aggiudicataria aveva spontaneamente riferito nell'offerta economica i costi della manodopera (sia pure – afferma – per errata compilazione di un modulo) e ciò rende superfluo domandarsi se il legislatore, esonerando l'operatore dall'indicazione dei costi, abbia inteso altresì escludere l'attivazione del sub – procedimento di verifica dell'anomalia in caso di servizi di natura intellettuale.

4.3. In ogni caso, le condizioni in presenza delle quali è dovuta la verifica di anomalia dell'offerta sono previste dall'art. 97 del codice e, nel caso di specie, non è contestata l'applicazione del terzo comma nella parte che prevede la verifica di anomalia per le offerte *“che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la*

somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”, ma a condizione che *“il numero delle offerta ammesse sia pari o superiore a tre”*.

Il medesimo art. 97, comma 3, precisa, però, l'applicabilità in ogni caso, e dunque, per i casi in cui non è obbligatoria la verifica di anomalia, del comma 6 che attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di valutare *“in ogni caso”* che *“in base ad elementi specifici”* l'offerta *“appaia anormalmente bassa”*.

Considerato che per il lotto in esame le offerte ammesse erano solamente due, la stazione appaltante non era tenuta alla verifica obbligatoria di anomalia dell'offerta, ma poteva procedere se avesse colto specifici elementi di anomalia.

A parere del giudice di primo grado tali erano il ribasso offerto e il costo della manodopera riportato dall'offerente.

4.4. Ritiene, invece, il Collegio che, in disparte l'ampia discrezionalità della stazione appaltante in caso di verifica facoltativa di anomalia, né l'uno né l'altro elemento dell'offerta deponevano nel senso della sua anomalia o, comunque, potevano indurre ad avviare la predetta verifica.

Quanto al ribasso offerto, è sufficiente evidenziare che può dubitarsi della sostenibilità di un'offerta nel caso sia proposto un alto ribasso rispetto al prezzo a base di gara, poiché questo fa presumere che il concorrente, al fine di ottenere il massimo punteggio per il profilo economico dell'offerta evitando, però, l'assunzione di un servizio non remunerativo, sia disposto ad abbassare il livello qualitativo della prestazione; non vale, invece, il contrario: un ribasso limitato – e tale è certamente quello del 5% offerto dall'aggiudicataria – non comporta dubbi di attendibilità dell'offerta, specie se in linea con i prezzi praticati in passato per contratti di appalto aventi il medesimo oggetto.

4.5. Quanto, poi, al costo della manodopera, erra il giudice nel ritenere che fosse possibile dedurre il costo unitario del dipendente attraverso un mero

calcolo matematico ossia mediante divisione del costo totale per il numero dei dipendenti.

Il ragionamento presuppone che i dipendenti siano identicamente remunerati, ma la remunerazione, come noto, è dato variabile, in primo luogo, per qualifica e mansione (oltre che in ragione di ulteriori fattori che è possibile tralasciare).

La stazione appaltante, in ogni caso, non poteva dubitare della congruità dell'offerta dell'aggiudicataria servendosi del solo calcolo aritmetico proposto dalla ricorrente, poiché, in caso di servizio articolato su turni (e tale è, normalmente, la modalità organizzativa di prestazione che richiede massima concentrazione per lunghi periodi), i dipendenti completano il loro orario di lavoro mediante applicazione su più commesse acquisite dall'appaltatore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2020, n. 1818; V, 27 dicembre 2018, n. 7248); il costo riportato in offerta non era – questo sì all'evidenza – il costo totale sostenuto dall'impresa per tutti i dipendenti impiegati nell'esecuzione del servizio, ma il costo parziale per quella specifica commessa (cui altri andavano aggiunti per individuare il costo totale).

4.6. L'appellata, però, oppone un argomento che ripropone e sviluppa anche mediante motivi aggiunti notificati ai sensi dell'art. 104, comma 3, cod. proc. amm.: solamente con le difese svolte in giudizio (e, specialmente, con la tabella contenuta nell'appello incidentale con l'indicazione del costo totale sopportato dall'azienda per ogni dipendente) l'aggiudicataria avrebbe reso noto alla stazione appaltante di voler utilizzare i 58 dipendenti offerti per l'esecuzione del servizio *part time* e non a tempo pieno come invece faceva intendere l'offerta tecnica; omettendo tale circostanza – o, comunque, non manifestando il suo intendimento in maniera chiara – avrebbe indotto in errore la commissione giudicatrice che le aveva attribuito il miglior punteggio proprio in virtù della sua offerta di assegnare al servizio di un numero elevato di dipendenti.

La medesima contestazione, come anticipato, è proposta come ottavo motivo aggiunto, ove la mancata esclusione dell'aggiudicataria comporterebbe “*Violazione dell'art. 80, co. 5, lett. c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta*”: l'appellante sostiene che l'aggiudicataria aveva offerto di svolgere il servizio secondo turnazioni in grado di coprire l'intera giornata (e in riferimento ai soli analisti), ma non precisato che i suoi dipendenti sarebbero stati addetti *part time* alla commessa, di modo che le 58 unità poste a disposizione sarebbero state equivalenti, in realtà, a poco più di 21 unità a tempo pieno.

L'offerta sarebbe altresì fuorviante perché, distinguendo tra analisti *senior* e *junior* avrebbe indotto la stazione appaltante a ritenere che fossero impiegati dipendenti con esperienze differenti, laddove, invece, dalla tabella riportata in atti era emerso che tutti i lavoratori ricevevano la medesima retribuzione, circostanza che si può spiegare solamente con il fatto che tutte siano al medesimo livello contrattuale e abbiano, quindi, la medesima esperienza lavorativa.

La conclusione è che la stazione avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria per aver fornito informazioni false (la turnazione non sarebbe prevista solamente per gli analisti, ma anche per i supervisori e i responsabili) o quantomeno fuorvianti sulla composizione del gruppo di lavoro al solo scopo di ricevere un punteggio più alto.

4.7. Il ragionamento non convince; ciò esime dal vagliare l'ammissibilità dei motivi aggiunti che sono infondati nel merito.

Ammette la stessa appellata che Geca Italia s.r.l. aveva precisato nella sua offerta che il servizio sarebbe stato svolto su turni, così da garantire la continuità dello stesso per l'intera giornata senza sovraccaricare eccessivamente i dipendenti; l'aggiudicataria ha riportato i passaggi della relazione in cui dava tale informazione alla stazione appaltante.

La circostanza che, rispetto all'altro concorrente, Geca Italia abbia previsto che a turnare fosse un numero maggiore di addetti – appunto le 58 unità

offerte – ben poteva, *inter alia*, stimarsi elemento migliorativo da apprezzare ai fini dell'attribuzione del punteggio: un maggior numero di addetti al servizio è, infatti, garanzia di maggiore rotazione, con conseguente aumento di produttività, eventualmente anche mediante l'organizzazione di turni con minore numero di ore.

Sostenere, come fa l'appellata, che siccome ognuna delle 58 unità è addetta alla commessa per metà delle ore giornaliere di lavoro, l'aggiudicataria abbia in realtà inteso eseguire l'intero servizio con metà dei dipendenti offerti, è improprio poiché, per quanto in precedenza chiarito, risulta destinato all'esecuzione dell'appalto con A.G.COM. un numero di lavoratori esattamente corrispondente a quello offerto, soltanto organizzato secondo la modalità della turnazione.

Ha ben spiegato, poi, Geca Italia s.r.l. le modalità in base alle quali erano distinti gli analisti *junior* da quelli *senior*, specificate anche nel progetto presentato all'amministrazione che, dunque, aveva ben chiara l'organizzazione con la quale sarebbe stato eseguito il servizio, così da poter giudicare sulla maggiore rispondenza alle caratteristiche richieste.

4.8. In conclusione, in accoglimento dell'appello dell'A.G.COM. e di Geca Italia s.r.l. la sentenza di primo grado va integralmente riformata con reiezione del motivo di ricorso (il primo) e dei motivi aggiunti (il quarto e il sesto) accolti.

5. E' possibile procedere ora all'esame dei motivi di ricorso riproposti da Infojuice s.r.l. ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., poiché rimasti assorbiti in primo grado.

5.1. E' riproposto il secondo motivo del ricorso (*“Violazione e falsa applicazione degli artt. 77, co. 3 e 78, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016”*): lamenta la ricorrente che l'Autorità, per aver nominato commissari di gara suoi dipendenti esperti nello specifico settore oggetto di gara, abbia violato l'art. 77, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che impone alle stazioni appaltanti di scegliere i commissari fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'A.N.A.C.; tale albo, a suo dire,

era pienamente operativo alla data di indizione della procedura di gara come da dichiarazione (di operatività) assunta con delibera del Consiglio dell'A.N.A.C. del 18 luglio 2018, n. 648, in seguito all'adozione delle Linee Guida (n. 5 del 10 gennaio 2018) e lo è rimasto fino a quando l'art. 1, comma 1, lett. c) d.l. n. 32 del 2019, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55 ha sospeso l'art. 77, comma 3, citato fino al 31 dicembre 2020, con effetti, tuttavia, per le sole procedure indette dopo la sua entrata in vigore.

All'obiezione dell'Autorità, secondo cui l'operatività dell'albo era stata sospesa fino al 15 aprile 2019 dal comunicato del Presidente dell'A.N.A.C. del 9 gennaio 2019 a causa dello scarso numero di esperti, il ricorrente replica sostenendo che il Presidente dell'A.N.A.C. non poteva modificare, con un proprio comunicato, il termine di entrata in vigore di disposizione di legge.

5.2. Sono riproposti, poi, il terzo (*“Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore sui presupposti, disparità di trattamento, illogicità e irragionevolezza, contraddittorietà”*) e il settimo motivo (*“Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore sui presupposti, disparità di trattamento, illogicità ed irragionevolezza, contraddittorietà, violazione del disciplinare di gara”*).

Nella prima parte del terzo motivo la ricorrente lamenta l'attribuzione di un solo punto, anziché dei due dovuti per il criterio di valutazione di cui al punto 1.1. del disciplinare, *“Certificazione ulteriore”*: in offerta, infatti, aveva dichiarato di disporre di cinque certificazioni, ma la commissione aveva ritenuto apprezzabile una sola di esse, per aver introdotto nella seduta del 15 ottobre 2019 la specificazione per cui sarebbero stati ritenuti validi solo i certificati *“rilasciati da enti terzi riconosciuti, attestanti la qualità nella realizzazione di un prodotto o nell'erogazione di un servizio”*, in violazione dei principi che impongono la predeterminazione dei criteri e, comunque, senza tener conto che tutte le sue certificazioni provenivano da enti terzi e attestavano la qualità del servizio.

La seconda parte del terzo motivo ed il settimo motivo riportano la medesima doglianza: la commissione giudicatrice avrebbe irragionevolmente attribuito

un miglior punteggio all'offerta della controinteressata sebbene: a) quanto al criterio 2.2., relativo al gruppo di lavoro, non erano chiariti quanti addetti fossero effettivamente dedicati alla commessa e, dunque, quante risorse fossero state realmente offerte, come pure non era adeguatamente precisata la loro esperienza specifica e professionalità, onde poteva ritenersi che il massimo punteggio fosse stato attribuito sulla base del solo numero di addetti indicato rivelatosi però inesatto per l'impiego in maniera parziale (e, quindi, per un numero di ore inferiore a quello offerto) dei lavoratori; b) quanto al criterio 1.3., relativo alla dotazione tecnologica, la sua offerta risultasse ove esaminata da "occhio esperto" tecnologicamente più avanzata dell'altrui offerta, come provato dal parere *pro veritate* prodotto in causa reso da uno dei maggiori operatori del settore che aveva attestato profili di obsolescenza e inadeguatezza dei mezzi utilizzati dall'aggiudicataria; c) quanto al criterio 1.4 relativo alla dotazione informatica, per aver assegnato alla controinteressata il massimo punteggio, nonostante questa avesse offerto il maggior numero di addetti al servizio, essendo, invece, noto che *"il numero di analisti necessari per la prestazione del servizio è inversamente proporzionale al livello di performance del software di gestione"*: Geca, dunque, per aver offerto il maggior numero di addetti dimostrava di disporre di software non adeguato al servizio.

Infine, nell'ultima parte del motivo è contestato alla commissione giudicatrice di aver impiegato poco tempo ad esaminare la relazione tecnica di Geca, che pur essendo particolarmente "poderosa" (composta di 82 pagine unitamente ai curricula allegati) sarebbe stata esaminata *"nel corso dell'ora e poco più residua alla seduta n. 15, una volta esaurito l'esame dell'ultima parte dell'offerta del RTI e nella prima parte della seduta n. 16, prima di iniziare le operazioni di calcolo"*; lo scarso tempo dedicato all'analisi della relazione avrebbe comportato l'errore nel quale la ricorrente assume essere incorsa la commissione quanto al numero di addetti, come pure determinato un'istruttoria incompleta relativamente ai complessi aspetti del software e dell'hardware.

6. I motivi riproposti sono infondati.

6.1. La decisione dell'A.G.COM. di scegliere i commissari di gara tra propri dipendenti esperti nel settore oggetto dell'appalto da affidare non viola l'art. 77, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; è ben vero che l'art. 78, comma 1, ultimo periodo, prevedeva una disciplina transitoria – contenuta nell'art. 216, comma 12, d.lgs. n. 50 e per la quale la scelta era rimessa alla stazione appaltante “*secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate*” – applicabile “*fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo*” da parte dell'A.N.A.C. e che tale condizione possa dirsi verificata a partire dal 15 gennaio 2019 in ragione del completamento della disciplina dell'Albo con le istruzioni operative rese dall'A.N.A.C. con delibera consiliare del 18 luglio 2018, ma è pur vero che, inevitabilmente, l'effettiva operatività dell'Albo dipendeva dal numero degli esperti che avrebbero fatto richiesta di iscrizione: un numero esiguo di iscritti sarebbe stato ostativo all'avvio del nuovo sistema di nomina perché delle nomine avrebbero beneficiato sempre gli stessi commissari.

Il comunicato del Presidente dell'A.N.A.C. del 9 gennaio 2019 non ha, dunque, differito l'entrata in vigore di una disposizione legislativa, ma ha solamente preso atto dell'impossibilità ad operare dell'Albo per l'esiguo numero delle richieste di iscrizione pervenute, indicando una nuova data (il 15 aprile 2019) in cui rivalutare la possibilità di avviare il sistema, nell'esercizio, peraltro, del potere di gestione dell'Albo riconosciuto all'A.N.A.C. dall'art. 78, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

L'A.G.COM. non poteva far altro che adeguarsi alle suddette indicazioni.

6.2. Ugualmente infondati sono gli altri motivi riproposti.

Nelle argomentazioni con le quali è contestata la valutazione della commissione in relazione ai criteri dell'organizzazione del lavoro e della dotazione tecnologia non si intravedono profili di illogicità, manifesta irragionevolezza o travisamento dei fatti che, come noto, costituiscono i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo sindacare l'ampia

discrezionalità riconosciuta alla commissione giudicatrice nell'apprezzamento delle offerte in gara.

In particolare, relativamente al criterio sub 2.2., la ricorrente si limita ad illustrare la sua organizzazione del gruppo di lavoro che intendeva destinare al servizio e dichiara di aver offerto risorse superiori, anche quanto ad esperienza nel settore, oltre che nel numero, a quelle dell'aggiudicataria, ma non è stata in grado di esporre una ragione di sicura illogicità della valutazione della commissione, tanto più che, per quanto già in precedenza esposto (par. 4.7) non possono aversi dubbi sul fatto che l'aggiudicataria abbia offerto di eseguire il servizio con un numero superiore di addetti, senza voler considerare che, come ampiamente esposto dall'Autorità, il numero di addetti al servizio era solamente uno degli elementi apprezzati dalla commissione per l'assegnazione del punteggio in relazione al criterio in esame.

Identicamente, quanto al criterio 1.3, l'argomentazione della ricorrente si sostanzia, ancor più chiaramente, in un mero raffronto tra la sua dotazione tecnologica e quella offerta dall'aggiudicataria, con implicita richiesta al giudice di sovvertire il pronunciamento della commissione giudicatrice, andando oltre il limite consentito come prima descritto.

Da ultimo, l'esistenza di una stretta correlazione tra addetti impiegati al servizio e capacità del software per cui il maggior numero dei primi sarebbe diretto a compensare la vetustà del secondo non ha alcun sostegno logico, prima ancora di essere privo di riscontro documentale.

6.3. Quanto, infine, al tempo impiegato nell'esame dell'offerta dell'aggiudicataria e alla possibilità che questo possa aver influenzato negativamente la valutazione della commissione, è sufficiente rammentare come la Sezione, già in altre occasioni, abbia già precisato che la contestazione sul tempo impiegato da una commissione giudicatrice per l'esame delle offerte di una procedura di gara è una contestazione di carattere formale mediante la quale si vuol dimostrare, per via presuntiva, l'illegittimità sostanziale delle valutazioni per carenza di istruttoria, ma che la massima di

esperienza implicitamente richiamata per cui ad un tempo esiguo di esame dell'offerta corrisponde una valutazione frettolosa e, per questo, superficiale, non è attendibile, dipendendo il tempo impiegato per la valutazione di un'offerta da molteplici fattori, per cui la parte che propone tale contestazione è tenuta ad accompagnare l'allegazione del breve tempo impiegato con più significative censure sul risultato finale cui è pervenuta la commissione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1322).

Nel caso di specie, tale risultato è stato già ritenuto scevro da qualsivoglia profilo di illogicità e manifesta irragionevolezza o travisamento del fatto, con la conseguenza che anche detto motivo va inevitabilmente respinto.

6.4. Alla reiezione dei predetti motivi segue l'assorbimento del motivo con il quale è contestato il punteggio assegnato per le certificazioni possedute, poiché, anche se fondato, non consentirebbe alla ricorrente di conseguire il punteggio necessario al superamento della soglia di sbarramento.

7. In conclusione, il ricorso di primo grado di Infojuce s.r.l. e i motivi aggiunti proposti vanno integralmente respinti.

8. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li accoglie e, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 9610/2020, respinge integralmente il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti proposti da Infojuice s.r.l.; respinge i motivi aggiunti proposti da Infojuce s.r.l. nel presente grado del giudizio.

Condanna Infojuice s.r.l. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, che liquida in € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge per ciascuna parte, a favore di A.G.COM. e di Geca Italia s.r.l.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio dei giorni 21 e 22 gennaio 2021 tenuta con le modalità di cui all'art. 4, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia

l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO