Pubblicato il 11/06/2020



**N.** 03716 **/**2020 **REG.PROV.COLL. N. 09721/2019 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 numero di registro generale 9721 del 2019, proposto da

Leonardo S.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo Rti con le mandanti Enterprises Services Italia, Green Aus S.p.a., Abaco S.p.a., e e-Geos S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Altamura, Massimiliano Brugnoletti, Angelo Clarizia, Giampaolo Rossi, Giancarlo Sorrentino e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Almaviva – The Italian Innovation Company S.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo Rti con la mandante Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Francesco Saverio Cantella, Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Claudia Ciccolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Cardarelli in Roma, viale P.L. Da Palestrina, 47;

Sofiter Tech S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Casertano e Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, 142;

***nei confronti***

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Caia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, 180;

Agea - Agenzia per le erogazioni in agricoltura, Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (sezione seconda) n. 12693 del 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Almaviva – The Italian Innovation Company S.p.a. e di Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., di Consip S.p.a., di Agea - Agenzia per le erogazioni in agricoltura, del Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e di Sofiter Tech S.r.l.;

Visto l’appello incidentale di Almaviva – The Italian Innovation Company S.p.a. e di Engineering Ingegneria Informatica S.p.a.;

Viste le memorie delle parti; Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 21 maggio 2020, tenuta con le modalità di cui

all’art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 come da verbale, il Cons. Elena Quadri e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell’art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Consip S.p.a. ha indetto una gara a procedura aperta suddivisa in quattro lotti per l’affidamento dei servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo Agricolo Nazionale (SIAN) per l’Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA), finalizzata all’affidamento di servizi mediante la sottoscrizione, da parte dell’AGEA, di appositi accordi esecutivi, alle condizioni stabilite nello schema di accordo quadro e nel capitolato tecnico.

Lo svolgimento della gara è previsto con modalità telematica, mediante il portale “Acquistinrete”, e il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell’articolo 95 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, calcolato attribuendo 60 punti al massimo per l’offerta tecnica e 40 punti al massimo per l’offerta economica.

Per il lotto 3 (servizi applicativi e di gestione delle infrastrutture informatiche, del valore stimato 300 milioni di euro, oggetto della presente controversia) hanno presentato offerta tre concorrenti:

* costituendo RTI tra Leonardo s.p.a. (mandataria) e HPE Services Italia s.r.l., eGEOS s.p.a., Green Aus s.p.a. e Abaco s.p.a. (mandanti);
* costituendo RTI tra Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. (mandataria) ed Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. (mandante);
* costituendo RTI tra IBM Italia s.p.a. (mandataria) e Sistemi Informativi s.r.l., DDWAY s.r.l. e AGR-IT Consorzio ordinario (mandanti).

La fase di valutazione delle offerte tecniche ha portato all’attribuzione di 58,25 punti al RTI Almaviva, di 55,83 punti al RTI Leonardo e di 54,02 al RTI IBM.

Le offerte economiche sono state valutate con i seguenti punteggi:

RTI Leonardo 40 punti (a fronte di un’offerta di euro 137.946.759,47), RTI Almaviva 35,67 punti (a fronte di un’offerta di euro 147.669.116,93), RTI IBM 34,39 punti (a fronte di un’offerta di euro 153.126.700,37).

Nella graduatoria provvisoria si è collocato in prima posizione il RTI Leonardo con 95,83 punti, seguito dal RTI Almaviva con 93,92 punti e, al terzo posto, dal RTI IBM con 88,41 punti.

Tutte e tre le offerte sono risultate potenzialmente anomale e sono state sottoposte a verifica di congruità.

Ritenuti esaustivi i chiarimenti presentati dalle imprese e congrue tutte le offerte, la Commissione ha confermato la graduatoria provvisoria di merito del lotto 3.

Il Rti Almaviva ha impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il provvedimento di aggiudicazione del lotto 3 della gara in favore del Rti Leonardo, che ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con sentenza n. 12693 del 2019, dopo aver respinto in parte e per il resto dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di Leonardo, ha accolto il ricorso proposto da Almaviva.

La sentenza è stata appellata dal Rti Leonardo S.p.a. deducendo i seguenti motivi di diritto:

1. *errores in iudicando* et in procedendo sotto i profili della violazione dei limiti della giurisdizione amministrativa e della motivazione erronea, illogica e carente nella parte in cui la sentenza (punti da 17 a 19) ha accolto il primo motivo del ricorso principale;
2. *error in iudicando* nella parte in cui la sentenza (punti da 17 a 19) ha accolto il primo motivo del ricorso principale; manifesta ingiustizia e irragionevolezza, nonché violazione della *lex specialis* e dei canoni generali dell’ermeneutica giuridica;
3. *error in iudicando* nella parte in cui la sentenza (punti da 17 a 19) ha accolto il primo motivo del ricorso principale; violazione dei canoni generali dell’ermeneutica giuridica anche alla luce dei principi di affidamento, *favor*

*partecipationis* e tassatività delle cause di esclusione;

1. in via gradata: *errores in iudicando* et in procedendo; violazione, sotto diverso profilo, dei limiti della giurisdizione amministrativa; manifesta irragionevolezza e violazione del principio di affidamento nella parte in cui la sentenza (punti da 17 a

19) ha disposto l’esclusione del Rri Leonardo e ha dichiarato il subentro del Rti Almaviva nel contratto;

1. in ulteriore ed estremo subordine: ancora *error in iudicando* nella parte in cui la sentenza (punti da 17 a 19) ha accolto il primo motivo del ricorso principale spingendosi ad escludere il Rti Leonardo e ad aggiudicare la gara al Rti Almaviva; manifesta ingiustizia e irragionevolezza, nonché violazione dei canoni generali dell’ermeneutica giuridica;
2. riproposizione delle eccezioni non esaminate dal Tar;
3. *error in iudicando* e motivazione apparente, perplessa e manifestamente errata in relazione alla violazione dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del d.lgs. n. 81/2005; violazione del CCNL metalmeccanici; illogicità ed irragionevolezza dell’attività amministrativa; violazione del principio di buon andamento e di par condicio;
4. *error in iudicando* per violazione sotto altro profilo dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di immodificabilità dell’offerta; carenza ed erroneità dell’istruttoria;
5. *error in iudicando* per violazione dell’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016; violazione del divieto di modifica dell’offerta; carenza assoluta di istruttoria; illogicità ed irragionevolezza dell’attività amministrativa; violazione del principio di buon andamento e di par condicio;
6. *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell’art. 38 e dell’art. 80, commi 1 e 5, del d.lgs. n. 50/2016; violazione dell’art. III.1.1. del bando; eccesso di potere per carenza di istruttoria e carenza dei presupposti.

Si sono costituiti Almaviva – The Italian Innovation Company S.p.a. e Engineering

Ingegneria Informatica S.p.a., Consip S.p.a., Agea - Agenzia per le erogazioni in agricoltura, il Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e Sofiter Tech S.r.l.

Il Rti Almaviva ha, altresì, proposto appello incidentale, deducendo i seguenti motivi:

1. illegittimità della disciplina di gara ove dovesse interpretarsi nel senso che - pur prevedendo una produttività fissa, ai fini del calcolo del prezzo offerto in punti funzione (fp) per i servizi di sviluppo software e manutenzione evolutiva - al contempo consente, nel calcolo dei costi per i medesimi servizi in fp, di considerare una produttività superiore; violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 94, 95, 97 d.lgs. n. 50/2016, violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento; eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà, illogicità manifesta;
2. illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui Consip non ha accertato sostenibilità e serietà del fattore di produttività considerato dal Rti Leonardo nei giustificativi; violazione e falsa applicazione dei §§ 6, 8.1 e 8.2 del Disciplinare, del § 5.5.1 del Capitolato tecnico, degli artt. 59, 94, 97 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, irragionevolezza, illogicità, sviamento;
3. illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui il lotto 3 è stato aggiudicato al Rti Leonardo sebbene la sua offerta dovesse essere esclusa per mancata osservanza di un requisito minimo previsto dal capitolato; violazione e falsa applicazione dei §§ 1 e 8 del Disciplinare § 4.5 del Capitolato tecnico nonché degli artt. 94, 97, 59, 83 c. 9 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, illogicità, carenza dei presupposti, sviamento;
4. illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile e valutabile l’offerta tecnica del Rti Leonardo; violazione e falsa applicazione dei §§ 1, 5, 7.1, 7.2 e 8 e del Disciplinare, dei §§ 4.3.1.3 e 2.3 del Capitolato tecnico nonché degli artt. 94, 95, 97, 59, 83 c. 9 d.lgs. n. 50/2016;

eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, illogicità, carenza dei presupposti, difetto di istruttoria, sviamento;

1. illegittimità dei provvedimenti impugnati con riguardo ai criteri di aggiudicazione; violazione e falsa applicazione dei §§ 5, 7. 1, 7.2 delDisciplinare, del Capitolato tecnico, degli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, irragionevolezza, illogicità, sviamento;
2. sull’omesso accertamento della insussistenza in capo al Rti Leonardo dei requisiti di ordine generale, violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 80 c. 5 lett. c), f bis) e m) d.lgs. n. 50/2016, dell’art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, dei §§ 3.3 e

8.2 del Disciplinare e del punto 7 dell’Allegato 2 “Domanda di partecipazione” al Disciplinare; violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e *par condicio*; eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, sviamento, carenza dei presupposti.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All’udienza del 21 maggio 2020, tenuta con le modalità di cui all’art. 84, comma 6,

d.l. n. 18 del 2020 come da verbale, l’appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l’appello proposto dal Rti Leonardo contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 12693 del 2019, che, dopo aver respinto in parte e per il resto dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di Leonardo, ha accolto il ricorso proposto dal Rti Almaviva, secondo classificato del lotto 3 dell’accordo quadro “*Gara a procedura aperta suddivisa in 4 lotti per l’affidamento dei servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo Agricolo Nazionale (SIAN) per AGEA*”.

Con i primi tre motivi di diritto l’appellante deduce l’erroneità della sentenza impugnata sotto molteplici profili:

1. per aver violato i principi ripetutamente affermati dalla giurisprudenza in materia di anomalia delle offerte, invadendo la sfera di attribuzioni riservata all’Amministrazione, perché ha proceduto ad un’autonoma verifica della congruità dell’offerta del Rti Leonardo e delle sue singole voci, ancorché la Stazione appaltante non avesse rilevato alcuna difformità della stessa rispetto alle prescrizioni della legge di gara;
2. perché, accogliendo il primo motivo del ricorso principale, avrebbe equivocato l’impostazione della gara, ritenendo che la stessa fosse a “produttività vincolata”, solo perché la modalità di presentazione dell’offerta economica era strutturata in modo tale che i concorrenti, avvalendosi di un file *excel* messo a loro disposizione come mero ausilio, avrebbero dovuto indicare le sole tariffe unitarie per le figure professionali previste dal Capitolato, mentre la formulazione del prezzo finale della prestazione sarebbe scaturito da un algoritmo basato su un determinato indice di produttività minima stimata dal Capitolato. Di modo che, avendo il Rti Leonardo giustificato il costo delle proprie prestazioni dichiarando per i “servizi applicativi” un indice di produttività superiore a quello posto a base dell’algoritmo, avrebbe, secondo le statuizioni della sentenza, modificato in parte qua l’offerta economica. A parere dell’appellante, invece, il Capitolato era univoco nel qualificare la produttività posta a base dell’algoritmo come «minima stimata», e la legge di gara non ha previsto in nessun punto l’obbligo per le imprese di vincolarsi a quella produttività anche nel calcolare i costi che avrebbero dovuto sostenere per eseguire la prestazione richiesta. Il termine “minima”, secondo l’interpretazione del ricorrente in primo grado e recepita dalla sentenza impugnata, non avrebbe alcun senso. Inoltre, una simile impostazione, oltre che contrastante con la lettera della legge di gara, sarebbe manifestamente irragionevole e disfunzionale: da un lato, si costringerebbero le imprese a misurarsi in sede di giustificativi con una produttività predefinita e virtuale, e dunque prescindendo dalle caratteristiche effettive della loro organizzazione aziendale; dall’altro lato, si costringerebbero i concorrenti a contenere i costi esclusivamente sul versante della manodopera, impedendo loro di

sfruttare tutte le altre variabili del processo di produzione. La legge di gara opta per il criterio dei *function points*, mentre considera rilevante solo in via subordinata quello dei giorni/persona. Si adegua così alle direttive europee volte a stimolare e a premiare proprio il criterio dell’efficienza e del livello di produttività, che invece verrebbe “azzerato” dall’interpretazione posta a base della pronuncia impugnata;

1. perché, oltre al Rti Leonardo, anche il Rti IBM ha calcolato i propri costi, in sede di giustificativi, dichiarando per i servizi applicativi livelli di produttività superiori rispetto a quello stimato come minimo dal Capitolato. Questo dimostrerebbe che, a tutto voler concedere, se la *lex specialis* non era chiara nel senso condiviso dal Rti Leonardo, dal Rti IBM e dalla stazione appaltante, certamente non lo era neppure nel senso opposto, cioè quello fatto proprio dal solo Rti Almaviva e poi dal Tar. Essendovi un margine di ambiguità nella *lex specialis*, il dubbio interpretativo avrebbe dovuto essere sciolto optando per la soluzione più conservativa e più coerente con i principi di *favor partecipationis* e di tassatività delle cause di esclusione, nonché con la stessa logica del punto funzione. Questi principi, invece, non sarebbero stati valorizzati dal primo giudice, la cui interpretazione della legge di gara, oltre che contraria a quella offerta dalla stessa stazione appaltante, avrebbe comportato l’esclusione di ben due concorrenti su tre. Secondo la prospettazione di Almaviva, invece, condivisa dalla sentenza appellata, il capitolato di gara avrebbe predeterminato in modo immodificabile sia il mix di figure professionali da impiegare per la realizzazione delle prestazioni oggetto dei servizi di sviluppo software (SS) e manutenzione evolutiva (MEV), sia la produttività di una giornata lavorativa del predetto mix in termini di punti funzione, mentre i concorrenti avrebbero potuto incidere, mediante la loro offerta, su un’unica variabile, ossia il prezzo delle figure professionali comprese nel predetto mix. E ciò in quanto solo il prezzo richiesto per le predette figure professionali costituiva oggetto dell’offerta, ed era destinato a essere tradotto – in applicazione di un algoritmo immodificabile previsto dalla legge di gara – nel prezzo finale di

ciascun punto funzione e della commessa nel suo complesso. La gara sarebbe stata quindi basata sull’adozione di una produttività vincolata e non modificabile dai concorrenti. Conseguentemente, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il Rti Leonardo nel momento in cui, in sede di giustificazione della propria offerta, ha inteso dimostrare la sostenibilità della proposta presentata in gara sulla base della propria asserita capacità di raggiungere livelli di produttività molto maggiori rispetto a quelli indicati nel capitolato.

L’appello di Leonardo è fondato.

Deve premettersi che, per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta nell'ambito delle gare pubbliche ha come fine l'accertamento dell'attendibilità e la possibilità dell'impresa di effettuare correttamente l'appalto alle condizioni proposte. La relativa valutazione costituisce espressione di un tipico potere tecnico - discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo nei casi in cui la manifesta erroneità o l'irragionevole operato renda indubbia l'inattendibilità dell'offerta.

Ciò chiarito, nell’ambito di tale limitato sindacato, la valutazione tecnico- discrezionale di Consip nel procedimento di anomalia in questione non pare essere affetta da manifesta illogicità, erroneità o irragionevolezza.

Ed invero, con riferimento ai servizi di sviluppo software (SS) e manutenzione evolutiva (MEV), la legge di gara prevede la misurazione in punti funzione (FP). Il punto funzione è infatti l’unità di misura utilizzata nell’ambito dell’ingegneria del software per esprimere la dimensione delle funzionalità fornite da un prodotto software. Tali punti funzione sono stati stimati in gara in 400.000 PF di sviluppo e in 192.000 PF per la MEV e per il prodotto che risulta in relazione all’offerta formulata, matura il diritto al compenso.

Ritiene il Collegio che, nonostante per la *lex specialis*, l’indice di produttività ivi stimato costituisca il dato convenzionale rilevante per la quantificazione del corrispettivo dovuto per la realizzazione del singolo *function point*, ciò non può significare una predeterminazione del costo che ciascuna impresa dovrà in concreto

sopportare, atteso che la procedura concorsuale in questione non tende all’acquisizione di un ammontare predeterminato di personale, bensì all’acquisizione di un determinato numero di *function point*. Ciò che rileva, in sostanza, è il risultato, e non la quantità di personale con cui lo stesso sarà raggiunto.

Non può condividersi, quindi, la statuizione del primo giudice, secondo cui l’espressione «produttività minima stimata» finisce per coincidere con quella di “produttività massima stimata”. Se la *lex specialis* di gara avesse voluto esprimere questo concetto, avrebbe dovuto precisare con una formulazione espressa che si trattava di un dato inderogabile per i concorrenti sia *in peius* che *in melius*.

Ed invero, la produttività dipende da due elementi: il costo del lavoro e l’efficienza organizzativa; la stessa non può essere, quindi, vincolata.

Aderendo all’interpretazione sposata dalla sentenza, si finirebbe con il limitare il confronto competitivo sulla componente del prezzo esclusivamente alla remunerazione del personale, così da premiare il concorrente che riesce a risparmiare sulla retribuzione dei dipendenti e penalizzare quello che, invece, riesce a contenere i costi sviluppando l’efficienza delle altre variabili del proprio processo produttivo, come la produttività. Questo determinerebbe, peraltro, l’utilizzazione di personale meno specializzato e che impiega più tempo per espletare le proprie mansioni, invece di assumere dipendenti più qualificati in grado di produrre quanto richiesto in un tempo minore.

Se la legge di gara obbligasse a questo, contrasterebbe con la *ratio* ispiratrice della disciplina europea e nazionale in materia di evidenza pubblica, che si ricava, in particolare, dal considerando n. 94 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui:

«*Qualora la qualità del personale addetto influisca sul livello dell’esecuzione dell’appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di usare come criterio di aggiudicazione l’organizzazione, la qualifica e l’esperienza del personale incaricato di eseguire l’appalto in questione, in quanto*

*ciò può incidere sulla qualità dell’esecuzione dell’appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell’offerta. Tale ipotesi potrebbe ricorrere, ad esempio, negli appalti per servizi intellettuali quali i servizi di consulenza o architettura* …» e dalle previsioni dell’art. 97, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, che nell’ambito del procedimento di verifica di congruità dell’offerta considera come elementi rilevanti anche “*l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione*” (lett. a) e “*le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori*” (lett. b).

E infatti, nel valutare le offerte tecniche, la stazione appaltante ha valorizzato (cfr. tabella a pag. 44 del disciplinare di gara):

1. nell’ambito del criterio “Modello organizzativo”:

*organigramma dell’organizzazione dedicata, con ruoli e responsabilità delle attività e modalità di interazione;*

*procedure di coordinamento tra le diverse unità/funzioni previste; eventuali ruoli, risorse e strutture aggiuntivi proposti;*

*distribuzione delle responsabilità e sinergie create dalle interrelazioni fra le unità operative/aziende raggruppande /consorziande;*

*livello di dettaglio, chiarezza e esaustività della trattazione.*

1. nell’ambito del criterio “Possibilità di riutilizzo di esperienze analoghe e soluzioni Innovative”:

*possibilità di riutilizzo di esperienze analoghe e soluzioni innovative dell’Offerente;*

*descrizione del valore aggiunto derivante dalla loro applicazione nell'erogazione dei servizi.*

1. nell’ambito dello specifico criterio “Proposta progettuale per i "Servizi Applicativi - Servizi di Manutenzione Evolutiva e Servizi di Sviluppo SW" (paragrafi 4.2.3 e 4.2.4 dell’Allegato 6 Capitolato Tecnico Lotto 3)”:

*strumenti e linee guida per garantire elevati standard di produzione e parametri di*

*qualità del software da rilasciare in esercizio;*

*metodologie e strumenti sw per garantire all’Amministrazione l’automazione e la visibilità in fase di esecuzione dei test, nonché la rispondenza del software sviluppato e/o parametrizzato ai requisiti funzionali;*

*tecniche e soluzioni sw per l’ottimizzazione del rilascio del software in esercizio e la gestione della configurazione.*

Ciò dimostra che, come avviene normalmente, la legge di gara ha inteso valorizzare l’offerta tecnica che esplicitasse la capacità dei concorrenti di raggiungere elevati standard di produzione, e ciò anche con riferimento al servizio di Sviluppo Software e di Manutenzione Evolutiva.

Tale interpretazione della *lex specialis* risulta, del resto, confermata dal fatto che, oltre a Leonardo, anche IBM ha dichiarato nelle sue giustificazioni: «*Si evidenzia che nel caso di servizi a punto funzione è stata applicata una produttività di 2,2 FP/giorno per il servizio di Sviluppo SW, 2,7 FP/giorno per il servizio di MEV ed è stata ipotizzata sulla MAC che una persona mediamente riuscisse a gestire 10.188 FP/anno*». Dunque, una produttività maggiore di quella minima stimata dal Capitolato.

Legittimamente, quindi, Consip ha permesso a Leonardo, non di modificare la propria offerta, bensì di dimostrare nelle sue giustificazioni una produttività migliore rispetto a quella minima stimata nel capitolato, e, cioè, la capacità di raggiungere un indice di produttività più alto di quello minimo richiesto dalla stazione appaltante, così da sopportare costi inferiori a quelli stimabili in base ai parametri minimi della legge di gara.

Ed invero, Leonardo non ha modificato l’algoritmo alla base del foglio di calcolo, ma ha, invece, dimostrato di sopportare minori costi in relazione ad una più elevata produttività.

In considerazione della fondatezza dei motivi che costituiscono il fulcro dell’appello principale, il Collegio ritiene di assorbire le ulteriori censure e di

passare allo scrutinio dell’appello incidentale, con cui il Rti Almaviva ripropone anche tutte le doglianze che sono state assorbite dal giudice di primo grado.

I primi due motivi attengono all’offerta economica di Leonardo, il terzo, il quarto e il quinto a quella tecnica, mentre l’ultima censura concerne l’assunto omesso accertamento dell’insussistenza in capo a Leonardo dei requisiti di ordine generale. Più nel dettaglio, con il primo motivo Almaviva deduce che, se la legge di gara fosse da interpretare come ritiene Leonardo - nel senso che, pur prevedendo una produttività fissa, ai fini del calcolo del prezzo offerto in punti funzione (fp) per i servizi di sviluppo software e manutenzione evolutiva, al contempo consente, nel calcolo dei costi per i medesimi servizi in fp, di considerare una produttività superiore - sarebbe illegittima in quanto contraddittoria, irragionevole ed equivoca. La censura è infondata, richiamandosi il Collegio a tutte le considerazioni già effettuate in ordine alla fondatezza dell’appello principale.

Con la seconda censura Almaviva deduce che, anche se i valori di produttività dovessero considerarsi non vincolanti, l’operato della stazione appaltante sarebbe viziato per difetto di istruttoria, avendo Consip aggiudicato la gara al Rti Leonardo senza che, in sede di verifica della congruità delle offerte, la commissione giudicatrice avesse in alcun modo verificato la serietà e sostenibilità del dato di produttività considerato nei suoi giustificativi dei costi.

Si ribadisce, in proposito, il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, per la quale, nell’ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta nelle gare pubbliche, non illimitatamente sindacabile, l’offerta va valutata complessivamente nella sua sostenibilità e non con riferimento alle singole voci.

Come risulta dal verbale della seduta del primo agosto 2018, invero: “*Alla luce delle spiegazioni fornite dal RTI concorrente, la Commissione, effettuati i riscontri riconducibili al proprio ambito di competenza, dichiara positivamente conclusa la verifica di anomalia, risultando l’Offerta, nel suo complesso, affidabile e sostenibile, avuto riguardo alle voci di costo e di ricavo indicate che denotano la*

*complessiva attendibilità della proposta in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto*”.

Consip ha ritenuto, in particolare, il contenuto delle giustificazioni di Leonardo idoneo a verificare la serietà e sostenibilità del dato di produttività con valutazioni non manifestamente irragionevoli o illogiche.

Ed invero, sin dalla presentazione dell’offerta tecnica Leonardo aveva posto in evidenza che avrebbe garantito alti tassi di produttività in considerazione della definizione del modello organizzativo, in cui “*particolare attenzione è stata posta alla centralizzazione della governance e alla chiara identificazione di ruoli, responsabilità e interfacce messe a disposizione per i vari servizi, al fine di individuare rapidamente responsabilità e competenze, e rendere efficaci i processi di erogazione dei servizi oggetto dei Contratti in un’ottica di gestione omogenea dei Contratti Esecutivi (CE) stipulati con il RTI. Il modello è ispirato a criteri di partnership, alto grado di sinergia tra le risorse impiegate nello sviluppo, nei servizi e nella condivisione con le Amministrazioni*”, nonché delle “*capacità per unire sinergicamente componenti organizzative, normative, di processo e tecnologiche, con l’obiettivo di indirizzare soluzioni innovative, realmente efficaci e ad alto valore aggiunto, per promuovere e supportare il processo di trasformazione digitale*” (cfr. offerta tecnica di Leonardo, pagg. 4 e 8).

Nelle proprie giustificazioni, ha, poi, dichiarato che: “*Il RTI mette a disposizione dei professionisti impiegati nella fornitura uno straordinario network di centri di competenza che in tempi rapidi e a costi efficientati, permette l’accesso a: Consulenza di professionisti esperti che hanno condotto ed eseguito interventi funzionalmente e tecnicamente analoghi a quelli che potranno essere richiesti nel corso della fornitura,*

*Modelli e acceleratori riutilizzabili,*

*Soluzioni e approcci metodologici che migliorano la produttività.*

*Il RTI ha proposto l’adozione di metodologie consolidate, basate su tecniche e*

*strumenti utili a massimizzare efficienza ed efficacia delle attività previste dal capitolato. L’offerta ha pertanto beneficiato di stime molto puntuali delle attività e dei relativi costi.*

*Tutti i fattori suddetti garantiscono l’ottenimento di efficaci economie sia nei tempi di realizzazione della fornitura e sia nella prestazione dei servizi oggetto dell’affidamento in esame, il tutto sempre nel rispetto del più elevato livello qualitativo degli interventi.*

*Per il costo dei servizi, i fattori di economia sopra menzionati hanno permesso al RTI di garantire contemporaneamente alla remuneratività dei servizi: la migliore composizione di figure professionali, metodi e strumenti per la esecuzione della fornitura*” e che “*Gli indici di produttività utilizzati per la conversione dei PF in giornate uomo sono stimati in base alla esperienza pluriennale maturata in contesti assimilabili a quelli previsti dal capitolato da ognuna delle società*” (cfr. giustificazioni di Leonardo del 15 marzo 2018, pagg. 3, 4 e 16).

Si tratta di motivazioni in cui Consip ha rinvenuto non illogicamente un idoneo supporto dell’incremento di produttività allegato da Leonardo.

La censura è, dunque, inammissibile.

Con la terza, la quarta e la quinta censura l’appellante incidentale deduce una serie di doglianze che concernono l’assunta illegittimità della valutazione operata dalla commissione dell’offerta tecnica di Leonardo, la quale sarebbe dovuta invece essere esclusa per violazione dei requisiti minimi o comunque penalizzata in sede di attribuzione del punteggio.

Più specificamente, con il terzo motivo si deduce che Leonardo abbia, nei giustificativi, sottostimato la quantificazione del numero e del costo delle risorse medie per il servizio di call center rispetto ai volumi prestazionali stimati dal capitolato tecnico in 120.000 chiamate, di 6 minuti ciascuna.

Con il quarto motivo Almaviva deduce l’illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile e valutabile l’offerta tecnica del Rti leonardo, attribuendo per molti criteri il medesimo punteggio tecnico alle offerte di

Leonardo e di Almaviva:

1. con riferimento al criterio di aggiudicazione n. 7 – Gestione delle Infrastrutture informatiche - Conduzione dei sistemi e Conduzione Operativa, per il quale la commissione ha assegnato lo stesso coefficiente “più che adeguato” al Rti Almaviva ed al Rti Leonardo, la scelta di quest’ultimo di utilizzare personale condiviso tra più clienti nel suo Centro di Controllo attivo sette giorni su sette per ventiquattro ore al giorno metterebbe in discussione il requisito di cui al par.

4.3.1.3 del Capitolato, che obbligava il fornitore a garantire che, in qualsiasi momento della sessennale esecuzione contrattuale, vi fosse almeno una persona dedicata del monitoraggio per il Sistema SIAN; con riferimento alla suddetta macro-componente, inoltre, le soluzioni organizzative e tecnologiche offerte dal Rti Leonardo per il servizio di Conduzione dei sistemi dovevano essere ritenute del tutto insufficienti a garantire le necessarie prestazioni del sistema;

1. con riferimento al criterio di aggiudicazione n. 9 – Gestione delle Infrastrutture Informatiche – Disaster Recovery, la Commissione avrebbe erroneamente valutato come “più che adeguata” sia l’offerta del Rti Leonardo che quella del Rti Almaviva, senza avvedersi come la prima non rispondesse alle esigenze espresse nel Capitolato Tecnico; nell’offerta di Leonardo il Disaster Recovery (DR) rappresenterebbe, infatti, l’unica forma di Continuità Operativa prevista, senza che sia prospettata alcuna soluzione architetturale idonea ad implementare un modello di Business Continuity, come invece prescritto dal Capitolato tecnico nonché dalle linee guida del SIAN (parte integrante degli atti di gara).

Con il quinto motivo l’appellante incidentale deduce, sostanzialmente, che la disamina dei diversi criteri di valutazione (in particolare, del criterio 5 – servizi applicativi – conduzione applicativa; del criterio 6 – servizi applicativi – innovazione tecnologica; del criterio 11 - servizi di call center; del criterio 12.1 - schede progettuali - valorizzazione del patrimonio informativo SIAN; del criterio 13 – presa in carico e passaggio di consegna; del criterio 17 – criterio sociale)

dimostrerebbe come l’offerta tecnica del Rti Leonardo sia stata sopravvalutata dalla commissione di gara per effetto di numerosi errori di giudizio, a cui corrisponderebbe certamente un decremento di almeno un giudizio e relativo punteggio rispetto a quello assegnato. Anche solo tale decremento minimo, per ciascuno dei suddetti criteri, condurrebbe all’attribuzione al Rti Leonardo di un punteggio nel complesso inferiore rispetto a quello attribuito al Rti Almaviva, che risulterebbe, pertanto, primo nella graduatoria di merito.

Deve premettersi che, per consolidato orientamento della giurisprudenza, l’attribuzione dei punteggi all’offerta tecnica costituisce esercizio di discrezionalità di spiccata natura tecnica, insindacabile se posta in esercizio in maniera non manifestamente illogica o incongrua. E tale manifesta illogicità o incongruità non si rinviene, nella specie, con riferimento alla valutazione operata da Consip.

Le censure sono, pertanto, inammissibili.

Ed invero, sul terzo motivo il Collegio osserva che Leonardo ha effettuato il calcolo del costo del servizio di call center sulla base di quanto affermato da Consip nella base dati statistica del 2015 contenuta nel capitolato e nei successivi chiarimenti, con i quali, in particolare, in risposta alla domanda n. 37, ha affermato che “*Per il 2015, il numero totale di richieste pervenute al primo livello è circa 72.600 (54.209 telefono; 18.392 email/fax).*

*Per il 2015, Il numero totale di richieste gestite al primo livello è circa 56.400, mentre per la ripartizione dei 120.000 contatti si faccia riferimento ai volumi 2015*” (cfr. chiarimenti Consip, pag. 14).

Inoltre, nell’ambito dei 120.000 contatti, erano compresi non solo le chiamate, ma anche le email e i fax. In considerazione di tali presupposti, Leonardo ha ricavato dalla formula di Erlang-C per il lavoro medio giornaliero effettivo un monte ore pari a 48 (6 FTE, cioè risorse a tempo pieno), che, tenendo conto della produttività degli operatori di call center, stimata nella peggiore delle ipotesi in 43 minuti per ora, porta ad un costo totale effettivo di 8,4 FTE (6 x 43/60).

Leonardo ha, dunque, ricavato per il servizio il costo esplicitato nella tabella n. 24

contenuta alla pag. 18 delle giustificazioni del 15 marzo 2018, come ribadito nei chiarimenti del 31 luglio 2018 (cfr. pag. 5).

Per Consip tali valori economici non rendevano insostenibile l’offerta, atteso che la differenza di risorse di Front Office evidenziata da Almaviva, se moltiplicata per i giorni lavorativi previsti e poi per la tariffa unitaria giornaliera, avrebbe dato, su 6 anni, una differenza di costo che non avrebbe in ogni caso compromesso il margine complessivo dichiarato da Leonardo nei giustificativi, pari a circa 12 milioni di euro, non superando, dunque, la censura avversaria, la prova di resistenza.

Il primo profilo del quarto motivo di censura, oltre che inammissibile, è anche infondato, atteso che nel capitolato non vi erano prescrizioni che imponessero l’impiego del personale nel Centro di Controllo in via esclusiva. In ogni caso, l’indicazione contenuta nelle giustificazioni di Leonardo è stata ritenuta adeguata, perché assicurava la quantità di *effort* minimo necessario a coprire l’intervallo lavorativo H24, sfruttando la presenza di altre figure professionali deputate alla gestione anche di altri servizi in alcune fasce orarie.

Riguardo alle altre doglianze, con riferimento alle soluzioni organizzative e tecnologiche offerte da Leonardo e contenute all’offerta tecnica, al cui contenuto il Collegio si riporta integralmente, le stesse sono state ritenute idonee dalla commissione a garantire le necessarie prestazioni del sistema (in relazione, ad esempio, all’utilizzazione della piattaforma di Hybrid Cloud, o alla soluzione “HPE Operations Orchestration” (OO), in grado di supportare flussi per allocare automaticamente risorse HW in concomitanza di picchi di attività previsti in certi periodi della campagna) e Almaviva non può procedere ad effettuare in relazione alle stesse una sua rivalutazione che si sovrapponga a quella della stazione appaltante. E ciò vale per tutti gli altri criteri, in relazione a quanto evidenziato nell’offerta tecnica.

Riguardo, in particolare, ai servizi di call center, l’offerta tecnica di Leonardo (cfr. pag. 44 -49) si caratterizzava per i seguenti elementi: un modello organizzativo,

flessibile e ben dimensionato, che si basa su due team principali (Front Office di primo Livello e Sportello), con figure professionali qualificate e specializzate; una formazione continua delle risorse e uno sviluppo trasversale delle competenze all'interno dei team; strumenti e soluzioni altamente tecnologiche (come le sessioni audio-video tra utente e operatore e la piattaforma open source OTRS personalizzata e integrata con gli altri strumenti).

Con riferimento alla valorizzazione del patrimonio informativo SIAN l’offerta tecnica di Leonardo (cfr. pagg. 49 e ss.) si caratterizzava per alcune proposte come l’approccio Enterprise "iPaaS" e i servizi innovativi per gli utenti tra cui l'accesso agevolato ai servizi finanziari per le imprese agricole, la dematerializzazione degli atti amministrativi e il Quaderno di campagna mobile, oltre ai servizi a valore aggiunto quali il monitoraggio del territorio nazionale e la rilevazione continua delle fasi fenologiche.

Riguardo alla presa in carico e passaggio di consegna, l’offerta tecnica di Leonardo (cfr. pagg. 64-69) presentava diversi strumenti e soluzioni tecnologiche, prevedeva un Piano di Miglioramento e Trasformazione per l'efficientamento del parco applicativo, oltre che la metodologia Smooth Transition, che assicura la verifica dell'avanzamento delle attività, il mantenimento degli SLA e la gestione dei rischi. Con riferimento, in particolare, alla presa in carico, riguardo alla Gestione sistemistica dell’infrastruttura tecnologica, nel cronoprogramma di massima riportato nella pianificazione delle attività (cfr. pag. 67 dell’offerta tecnica) si indicavano: - recupero e valorizzazione della conoscenza-Assessment infrastruttura;

* analisi delle banche dati, censimento degli schemi dati e acquisizione della documentazione; - verifiche delle copie di salvataggio disponibili; - copia dell’intera banca dati; - recupero e valorizzazione della conoscenza; - assessment applicazioni; - analisi del parco applicativo.

Con riferimento al criterio sociale, la proposta (cfr. pagg. 78-80 dell’offerta tecnica) conteneva iniziative come il telelavoro per il personale disabile, i servizi di assistenza medica, legale e fiscale, la disponibilità alla valutazione congiunta della

compatibilità delle attività lavorative con le lavoratrici in gravidanza e neomamme, le iniziative per favorire la socialità, oltre che l’obbligatorio Sistema di Gestione Integrato Ambiente e Sicurezza (SGAS), conforme ai requisiti delle norme internazionali OHSAS 18001:2007 e ISO 14001, rispetto alle quali Leonardo ha ottenuto la certificazione di conformità da parte del R.I.N.A.

In conclusione, l’offerta tecnica di Leonardo, per le sue caratteristiche, è risultata pienamente rispondente alle previsioni della *lex specialis* e alle finalità di erogazione del servizio con giudizio di merito insindacabile, perché non viziato da manifesta illogicità o incongruità.

Con l’ultima censura Almaviva lamenta l’illegittimità della mancata esclusione dalla gara di Leonardo per l’omesso accertamento dell’insussistenza in capo allo stesso dei requisiti di ordine generale, in considerazione dell’intreccio tra gli organi di amministrazione e dei rapporti tra diversi partecipanti ai lotti 1, 2 e 3, tali da configurare un unico centro decisionale.

Tale censura è anzitutto inammissibile perché tardiva, in quanto proposta oltre il termine di decadenza di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm., senz’altro applicabile *ratione temporis* alla presente procedura, che avrebbe imposto la contestazione dell’insussistenza dei presupposti di ammissione entro il termine di 30 giorni dalla pubblicazione dell’elenco degli ammessi, effettuata da Consip in data 24 luglio 2017, come risulta dalla documentazione versata in atti.

La doglianza è, comunque, infondata, innanzitutto perché la *lex specialis* si limitava ad impedire la contestuale partecipazione di imprese, anche in situazioni di controllo tra loro, al lotto 4 e ad uno o più dei restanti lotti 1, 2 e 3 e non tra diversi partecipanti ai lotti 1, 2 e 3.

Inoltre, dall’esame delle note di Consip del 19 dicembre 2018 e del 15 marzo 2019, versate in atti ed il cui contenuto si richiama integralmente, risulta che la stazione appaltante ha motivatamente ritenuto che non sussistessero elementi di collegamento o di contiguità idonei ad inficiare la partecipazione alla gara dei detti

operatori, non avendo rinvenuto requisiti di «gravità, precisione e concordanza» dell’esistenza di un unico centro decisionale.

Alla luce delle suesposte considerazioni l’appello principale va accolto e va respinto quello incidentale e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso principale di primo grado e va dichiarato improcedibile quello incidentale di primo grado.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della controversia, giusti motivi per disporre l’integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l’appello principale, respinge l’appello incidentale e, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale di primo grado e dichiara improcedibile quello incidentale di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2020, tenuta ai sensi dell’art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l’intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente Raffaele Prosperi, Consigliere Federico Di Matteo, Consigliere Angela Rotondano, Consigliere Elena Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE IL PRESIDENTE**

**Elena Quadri Luciano Barra Caracciolo**

IL SEGRETARIO