

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 9530 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Azienda Ausl Rm C, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Maggisano, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Costantino Morin, 1;

contro

Soc. Engineering Sanita' Enti Locali Spa in proprio e in qualita' di Mandataria Rti , Rti - British Telecom Italia Spa e in proprio, rappresentati e difesi dagli avv. Stefano Vinti ed Elia Barbieri, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

nei confronti di

Soc. Helite in proprio e in qualita' di mandataria Rti, Rti - Telecom Italia Spa e in proprio, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Cardarelli e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Cardarelli in Roma, via G. Pierluigi Da Palestrina, 47;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 33406/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO PROGETTAZIONE E GESTIONE IN REGIME DI GLOBAL SERVICES DEL SERVIZIO INFORMATIVO-INFORMATICO

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc. Engineering Sanita' Enti Locali Spa in proprio e in qualita' di Mandataria Rti e di Rti - British Telecom Italia Spa e in proprio e di Soc. Helite in proprio e in qualita' di Mandataria Rti e di Rti - Telecom Italia Spa e in Proprio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2011 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Maggisano, Barbieri e Lattanzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III-quater, con la sentenza n. 33406 dell'11 novembre 2010, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto dalla Soc. Engineering Sanità Enti Locali, ha annullato la delibera 26 novembre 2007, n. 1393 con la quale l'Azienda USL - Roma C ha disposto l'aggiudicazione della gara per l'affidamento quinquennale della progettazione e gestione in regime di global services del servizio informativo-informatico della USL RM/C alla Soc H. Elite S.r.l., dichiarando l'inefficacia del contratto già stipulato, fissando il subentro nel contratto alla data del 10 gennaio 2011 e condannando la stazione appaltante ed il RTI controinteressato al risarcimento del danno, ciascuno tenuto per la metà, ma con vincolo solidale; infine, ha dichiarato inammissibili i due atti di motivi aggiunti.

In sintesi, le motivazioni della sentenza di primo grado si incentrano sul fatto che l'aggiudicazione della gara, per cui è controversia, alla controinteressata di primo grado è risultata viziata, in quanto l'offerta doveva essere esclusa non rispondendo la stessa alle caratteristiche essenziali indicate in capitolato; di conseguenza, l'offerta della ricorrente è venuta a collocarsi al primo posto in graduatoria.

2. Con rituale atto di appello avverso il dispositivo di sentenza, l'Azienda USL - Roma C chiedeva la riforma di tale sentenza, deducendone l'erroneità, in quanto in contrasto con le precedenti ordinanze cautelari del TAR e del Consiglio di Stato, emesse in sede cautelare: non sussisterebbero vizi attinenti all'esercizio della discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante, discrezionalità che il TAR avrebbe

sindacato senza neppure fare ricorso ad una CTU; infine, in quanto i fatti penali che hanno coinvolto l'Amministrazione in relazione all'appalto in oggetto non comporterebbero influssi sul procedimento di gara, di natura amministrativa.

In sede di motivi aggiunti d'appello, l'appellante precisava ed integrava ulteriormente i motivi di appello, contestando in radice la sussistenza delle difformità radicali dell'offerta apprezzate dal TAR. In tale sede si contestavano, per conseguenza, anche le connesse statuizioni in punto di dichiarazione di inefficacia del contratto e risarcimento del danno.

3. Si costituiva la Soc. Engineering Sanità Enti Locali Spa, anche per l'associata BT Italia spa, proponendo appello incidentale autonomo, incentrato sulla contestazione circa i costi del subentro (che non sarebbe stato oggetto di giudizio) e sulla contestazione circa la misura del risarcimento del danno disposta in primo grado, misura comportante un abbattimento del danno integrale, decurtato in via equitativa dal giudice, atteso che il danneggiato non ha provato, anche in via presuntiva, di non aver potuto utilizzare altrove le risorse aziendali, a causa dell'impegno derivante dalla presentazione dell'offerta.

Con l'appello incidentale vengono, inoltre, riproposti i motivi aggiunti di primo grado relativi all'atto di transazione sottoscritta tra l'Amministrazione e l'originaria aggiudicataria in data 17 dicembre 2008 (quest'ultimo motivo solo in via subordinata); nonché i motivi legati al procedimento penale che ha pesantemente coinvolto l'Amministrazione e l'originario aggiudicatario; inoltre, si ripropongono i motivi connessi ai vizi escludenti dell'originario aggiudicatario e relativi alla documentazione amministrativa, nonché quelli connessi all'irragionevolezza delle valutazioni tecniche, motivi tutti assorbiti dal TAR.

Seguiva uno scambio di memorie tra le parti costituite.

All'udienza pubblica del 12 aprile 2011 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

4. L'appello principale, nonché i motivi aggiunti devono ritenersi infondati.

4.1. Preliminarmente, deve essere disattesa la prospettazione difensiva dell'appello proposto sul dispositivo, sia in quanto le eventuali divergenti pronunce della fase cautelare non inficiano la legittimità di una sentenza che le abbia disattese in quanto di contrario avviso (peraltro, nella specie, la pronuncia cautelare d'appello ha anche omesso ogni considerazione sul fumus); sia in quanto i dedotti vizi attinenti all'esercizio della discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante, e ai fatti penali che hanno coinvolto l'Amministrazione, non hanno costituito ratio decidendi della sentenza impugnata.

4.2. In relazione, invece, ai motivi aggiunti, si deve rilevare che il TAR ha annullato l'aggiudicazione sulla base del fatto l'offerta è risultata carente di vari elementi essenziali per la sua completezza e, quindi, non avrebbe potuto essere valutabile.

In particolare, in primo luogo, è stato riscontrato che nel piano attuativo (uno dei tre elementi in cui doveva articolarsi il progetto tecnico) la vincitrice, con riferimento all'organizzazione del gruppo di lavoro operativo, ha previsto l'utilizzazione di dipendenti della Soc. Nolmalife, cioè di una società esterna al raggruppamento partecipante alla gara, senza indicare il titolo contrattuale costituente il fondamento dell'obbligo di tali addetti di fornire la loro prestazione lavorativa nell'attuazione del progetto tecnico in gara.

Né tale titolo può essere dedotto, come sostiene l'appellante con i motivi aggiunti, dai rapporti societari legati alla proprietà delle quote dell'aggiudicataria da parte di tale società; come è noto, infatti, la facoltà di avvalimento costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti tecnici, organizzativi e finanziari di qualificazione; pertanto, la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in modo rigoroso, mediante la presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara, con la conseguenza che non è sufficiente a tal fine la mera allegazione dei legami societari, che avvengono due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742).

Infatti, nel caso di specie, l'avvalimento riguarda la diversa società Almaviva e non la società Nolmalife, pur in joint venture con quest'ultima.

In secondo luogo, il TAR ha affermato l'assenza di un completo collegamento wireless, che nel progetto dell'originaria aggiudicataria era previsto solo negli ospedali dell'Az. sanitaria appaltante e presso la nuova sede in costruzione di S. Caterina delle Rose, mentre (con riguardo ai collegamenti di rete geografica e cablaggi di edificio) il capitolato tecnico (pag. 49-51), secondo quanto chiarito dalla stazione appaltante su apposito quesito con nota 10 sett. 2007 prot. e/50034, richiedeva che wireless e cablaggio dovessero essere sistemi complementari entrambi integrati nella rete di comunicazione aziendale per garantire elevate prestazioni, anche in considerazione dei nuovi servizi Wi-Fi fonia voip ed altri simili richiesti; inoltre, il capitolato al par. 15.2.2. (pag. 51) precisava che disponendo l'Az. sanitaria appaltante di 2456 punti rete, l'offerente doveva prevedere collegamenti in modalità wireless in un progetto di rete integrato esteso alle diverse sedi, con requisiti minimi di prestazione specificamente indicati.

Invece, sul punto, l'aggiudicataria ha limitato le proprie soluzioni progettuali, con un'offerta non completa per tale aspetto ora illustrato.

Infatti, a sostegno delle argomentazioni del TAR, si deve rilevare che l'aggiudicataria teneva unicamente conto di 142 punti di accesso rete (in luogo dei 2456 citati); la sua offerta, pertanto, non tenendo conto di tali aspetti (anche per le quantificazioni dei costi), doveva essere esclusa in quanto non valutabile con riferimento al criterio di aggiudicazione indicato nel bando.

Inoltre, sotto un terzo profilo, il capitolato, al punto 15.10 software di office automation, richiedeva la fornitura anche di 30 licenze di Microsoft Project, da installare, prevalentemente su PC di area amministrativa, e di 100 licenze di Adobe Acrobat nell'ultima versione disponibile da installare prevalentemente su PC di area amministrativa sanitaria: tali forniture non risultano menzionate nel progetto tecnico della H.Elite, né si può sostenere che il limitato costo di esse non potesse influenzare l'offerta, atteso che il tenore della richiesta del capitolato (pag. 77) è da tale da rendere la presenza delle licenze, anche in relazione alle future evoluzioni progettuali, assolutamente essenziale, non surrogabile da un prodotto cd. open source, non sovrapponibile alle funzioni di Microsoft Access per la gestione di database, richiesto dal disciplinare.

Soltanto in relazione alla prescrizione contenuta nel capitolato (al p. 14.12), relativamente alla garanzia di reperibilità degli incaricati al fine di fronteggiare in qualsiasi momento, anche nei giorni festivi e di notte, le emergenze, le situazioni di pericolo o di inagibilità, nonché i danni, può condividersi la tesi dell'appellante, circa la sufficienza, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, di un presidio di reperibilità a rete e su remoto; pertanto, in questo caso, contrariamente a quanto stabilito dal TAR, si deve ritenere che non manchi un elemento essenziale della proposta contrattuale; nella sostanza in sintesi, l'assistenza è presente, salva una diversa apprezzabilità qualitativa della stessa, che può comportare l'attribuzione di punteggi ovviamente diversi.

Infine, sotto il profilo della conservazione delle informazioni e dei sistemi di backup/restore, l'offerta della H.Elite non consente di ripristinare informazioni antecedenti i sei mesi, mentre il capitolato richiedeva che in qualsiasi momento doveva essere garantito il ripristino delle informazioni relative ai dati utente, codice applicativo, ecc., ad uno degli stati del ciclo di backup/restore; tale deduzione, contrariamente a quanto afferma l'appellante, costituisce deduzione specifica del ricorrente in primo grado, in quanto relativa all'insufficienza tecnica dell'offerta; in primo grado, osserva il Collegio, tale deduzione non è stata in specifico contestata, dovendosi pertanto fare applicazione del disposto di cui all'art. 64, comma 2, del c.p.a., espressivo del principio generale di non contestazione dei fatti di causa, che devono, dunque, essere dati per ammessi.

Pertanto, sotto il profilo dell'esattezza della decisione del TAR in primo grado, il Collegio ritiene che vadano confermate in toto le relative statuizioni, con l'unica rilevante eccezione, come già detto, della questione concernente la reperibilità, questione, tuttavia, che non è in grado di incidere sotto il profilo sostanziale poiché le altre carenze riscontrate nell'offerta circa elementi essenziali mancanti, individuati dal TAR e, come detto, riscontrate anche da questo Collegio, comportano indiscutibilmente l'annullamento dell'aggiudicazione, così come disposto in primo grado.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza di questo Consiglio, che si è occupata della carenza degli elementi essenziali dell'offerta soprattutto sotto il profilo dell'inammissibilità di integrazioni postume, ha assertedo definitivamente che l'assenza di elementi essenziali rende inammissibile l'offerta in quanto difforme a quanto richiesto dall'Amministrazione (cfr., di recente, Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

4.3. La conferma della sentenza di primo grado comporta l'improcedibilità dell'appello incidentale in relazione agli ulteriori motivi di illegittimità dell'appalto, proposti in primo grado anche con motivi aggiunti e dichiarati inammissibili, in quanto parte ricorrente in primo grado (appellante incidentale) non trarrebbe ulteriore vantaggio.

5. L'appellante incidentale, tuttavia, propone appello incidentale autonomo in relazione, come detto, ai costi del subentro e alla misura del risarcimento del danno.

Deve essere premesso che il Collegio ritiene in toto condivisibile la prospettazione del TAR circa la sussistenza della giurisdizione sulla domanda di annullamento del contratto sottoscritto dalla stazione appaltante con l'aggiudicatario, atteso che, nelle more del giudizio, è stato emanato prima il d.lgs. n. 53/2010 e poi il c.p.a., agli artt. 119 e 120, che la hanno prevista espressamente, e circa la dichiarazione di inefficacia; occorre verificare la correttezza delle statuizioni di primo grado in ordine alla quantificazione del risarcimento, quantificazione che include anche i costi del subentro e che, quindi, sotto questo profilo, non determinano alcun vizio di ultrapetizione o difetto di giurisdizione come afferma invece l'appellante incidentale con l'anzidetto atto di appello incidentale autonomo.

Secondo il Collegio, il criterio di quantificazione del danno, da ricondursi ai poteri equitativi in materia riconosciuti al giudice ai sensi dell'art. 1226 c.c., è corretto e risponde agli orientamenti della giurisprudenza di questo Consiglio in punto risarcimento danni derivanti dagli appalti pubblici.

Infatti, quando l'impresa partecipante ad una gara pubblica ottiene il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, ovvero anche per la semplice perdita della possibilità di aggiudicazione, non sussistono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485).

Inoltre, sempre secondo tale orientamento da cui il Collegio non ritiene di doversi discostare, agli effetti della quantificazione del danno per lucro cessante, che l'impresa partecipante a gara pubblica assume di aver ingiustamente sofferto per effetto dell'illegittima mancata aggiudicazione dell'appalto, occorre che essa fornisca la prova rigorosa della percentuale d'utile che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria, prova desumibile dall'esibizione dell'offerta economica da essa presentata al seggio di gara, non costituendo il criterio del 10% del prezzo a base d'asta un criterio automatico, ma solo presuntivo.

Pertanto, l'ammontare del risarcimento nella componente del lucro cessante può essere determinato in via equitativa nella misura del 10% dell'importo dell'offerta, solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare — in quanto apprestati ed approntati in previsione dell'appalto da aggiudicare — mezzi e maestranze per l'esecuzione di altri contratti; al contrario, quando tale dimostrazione non sia stata offerta, dovendosi peraltro ragionevolmente ritenere che l'impresa possa avere riutilizzato, come detto sopra, mezzi e manodopera per lo svolgimento di altre attività imprenditoriali, così limitando la perdita di utilità, il danno va liquidato riducendo detta percentuale in via equitativa.

Perciò, applicando tali criteri, immuni dalle censure che l'appellante incidentale propone, è stato riconosciuto alla ricorrente in primo grado, in via equitativa, il risarcimento del danno per equivalente per la mancata aggiudicazione del servizio per il periodo dal genn. 2008 al genn. 2011 nella misura forfetaria di euro 715.000,00.

Quanto alle spese di subentro, la relativa statuizione del TAR si limita soltanto ad evidenziare, condivisibilmente, che il subentrante non potrà porre a carico della stazione appaltante alcun onere ulteriore, rispetto alla propria offerta seconda classificata, collegato in via diretta o indiretta alla vicenda del subentro in corso di contratto, poiché, in tal guisa operando, verrebbe meno la certezza dell'offerta e la par condicio rispetto agli altri concorrenti.

Ove invece la ricorrente dichiarasse formalmente di rinunciare al subentro, poiché il contratto con l'ATI H.Elite, comunque, è dichiarato inefficace dal 10 genn. 2011 la stazione appaltante dovrebbe valutare l'opportunità di indire una nuova gara entro tale data, nel rispetto dei principi di legalità e di buon andamento che ne devono evidentemente connotare anche l'attività discrezionale.

Nessun rilievo di ultrapetizione, pertanto, può porsi rispetto a tale statuizione che si limita ad asserire principi giuridici del tutto condivisibili condizionanti in ogni procedura di gara il cd. subentro nel contratto del secondo classificato.

6. Ciò determina il rigetto dell'appello, la conferma della sentenza impugnata e il rigetto dell'appello incidentale autonomo.

Sussistono giusti motivi (reciproca soccombenza) per l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale autonomo, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 20/06/2011.