

Pubblicato il 31/01/2019

N. 01243/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00714/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso R.G. n.714 del 2019, proposto da “PAAdvice spa”, con sede in Napoli al Centro Direzionale Isola F10, C.F. e P. IVA. 07917330636, in persona del legale rappresentante pro-tempore, il Presidente del Consiglio di Amministrazione, dott. Colucciello Massimo, rappresentata e difesa dall’avvocato Umberto Gentile (cod. fisc.: GNTMRT66P11H501W), con domicilio digitale come da *PEC* da Registri di Giustizia;

contro

“Formez PA - Centro servizi, assistenza, studi e formazione per l’ammodernamento delle PA”, in persona del legale rappresentate pro-tempore, con sede in Roma, viale Marx n. 15, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l’annullamento

a) del verbale della seduta pubblica della Commissione di Gara del 4 dicembre 2018, in cui la medesima commissione ha disposto l’esclusione della “P.A.Advice” dalla gara, indetta dallo “*Organismo di diritto*

pubblico Formez per l'affidamento di servizi di consulenza specialistica per il supporto e l'affiancamento alle amministrazioni regionali e locali finalizzato all'implementazione della riforma della pubblica amministrazione", perché, "visto quanto richiesto a pena di esclusione dal punto 15 del Disciplinare di gara ... Nella documentazione tecnica si attesta l'assenza delle dichiarazioni di esclusività da parte di tutti i componenti del gruppo di lavoro", limitatamente al lotto n. 1 (Area Centro e Isole: CIG 753804712C - CUP J59J17000090007;

b) della nota trasmessa via *pec* in data 6 dicembre 2018 a firma del RUP, dott.ssa Valeria Spagnuolo, con cui è stata comunicata l'esclusione di cui alla lett. a);

c) laddove considerati lesivi, dei verbali delle altre sedute della commissione di gara;

d) laddove intervenuta, dell'aggiudicazione della gara, non conosciuta;

e) ove lesivi, dei chiarimenti resi dalla S.A., nonché del bando, del capitolato, del disciplinare e degli atti a questi allegati nella parte in cui dovessero interpretarsi in senso sfavorevole per la società ricorrente (in particolare l'art. 15 del disciplinare);

f) di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, allo stato non conosciuti, con riserva espressa di proporre motivi aggiunti di impugnativa a seguito dell'integrale conoscenza degli stessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Formez Pa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2019, il cons. Concetta Anastasi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con atto notificato in data 3.1.2019 e depositato in data 16.1.2019, la ricorrente società premetteva di aver partecipato alla gara, indetta con bando pubblicato sulla G.U.U.E. in data 5 luglio 2018, dall'Organismo di diritto pubblico "FORMEZ PA - PA - Centro servizi, assistenza, studi e formazione per l'ammodernamento delle PA" - a procedura aperta, per l'affidamento di servizi di consulenza specialistica per il supporto e l'affiancamento alle amministrazioni regionali e locali finalizzato all'implementazione della riforma della pubblica amministrazione, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quanto al Lotto n. 1, del valore stimato di € 495.820,00 oltre IVA, comprendente *"Attività di supporto e consulenza relativamente al tema dell'assessment delle competenze e definizione dei fabbisogni di personale e della valutazione della performance - Area centro e isole"*, riguardante sia il *"supporto alle 19 amministrazioni coinvolte nell'Azione 1 nella definizione e attuazione di progetti connessi ai temi della riforma, attraverso attività di progettazione organizzativa, assistenza tecnica all'implementazione, attività laboratoriali di gruppo, attività di formazione"*, sia la *"definizione di percorsi di diffusione e valorizzazione delle metodologie già individuate e testate in coerenza con i percorsi definiti, ad almeno 20 ulteriori amministrazioni attraverso: incontri in presenza, laboratori, webinar e aule virtuali ecc."*.

Evidenziava che il bando, al Par. II.I.2, precisava trattarsi di servizi rientranti nella categoria n. 11 ("consulenza gestionale e affini").

Esponneva che, con nota pervenuta via *pec* in data 6 dicembre 2018, veniva esclusa dalla gara *de qua* con la seguente motivazione: *"visto quanto richiesto a pena di esclusione dal punto 15 del Disciplinare di gara ... Nella documentazione tecnica si attesta l'assenza delle dichiarazioni di esclusività da parte di tutti i componenti del gruppo di*

lavoro”.

Precisava che, dopo aver presentato l’istanza di annullamento in **autotutela** del 17.12.2018, in mancanza di riscontro, si vedeva costretta a proporre il presente ricorso, a sostegno del quale deduceva:

-violazione di legge- violazione dell’art. 83, comma 8, del D.LGS. 50/2016 - violazione del bando e del Disciplinare di Gara- eccesso di potere per falso presupposto istruttorio – sviamento di potere- in subordine: invalidità della clausola del Disciplinare di Gara per carenza di proporzionalità e di ragionevolezza;

Ad avviso dell’esponente, la dichiarazione di esclusività non sarebbe richiesta dalla legislazione vigente, per cui, alla sua mancanza, non potrebbe legittimamente riconnettersi alcun effetto espulsivo, ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dall’art. 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016.

Inoltre, dalla lettura congiunta delle disposizioni della *lex specialis* di gara applicata, si desumerebbe che il componente del gruppo di lavoro dovrebbe rendere la dichiarazione di esclusività solo nel caso in cui sia titolare di contratto di collaborazione professionale in corso col FormezPA, nell’ambito del Progetto RiformAttiva.

Infine, il disciplinare di gara, al par.14.3 (“*Dichiarazioni integrative e documentazione a corredo*”), nel rendere un elenco puntuale delle dichiarazioni integrative da rendersi a cura dei partecipanti alla gara, si limiterebbe a prescrivere, al punto n. 8, che ciascun concorrente non dovrebbe far parte del gruppo di lavoro proposto per la realizzazione delle attività esperti titolari di un contratto di collaborazione professionale in corso con il FormezPA, nell’ambito del Progetto RiformAttiva.

-violazione di legge- violazione dell’art. 83, comma 9, del D.LGS. 50/2016 – violazione del Bando e del Disciplinare di Gara – Eccesso di

potere per falso presupposto istruttorio e carenza istruttoria – sviamento di potere;

La carenza della dichiarazione di esclusività dei componenti il gruppo di lavoro non atterrebbe agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed ai requisiti essenziali di natura tecnica della prestazione, ma sarebbe assimilabile, a titolo esemplificativo, a quella fondante il divieto sancito dal comma 7 dell'art. 48 (sui raggruppamenti) o il divieto di cui al comma 7 dell'art. 89 (sull'avvalimento) del D.LGS. 50/2016.

Con atto depositato in data 22.1.2019, si costituiva formalmente la P.A. intimata per resistere al presente gravame.

Alla camera di consiglio del 23 gennaio 2019, previo rituale avviso di possibile definizione del giudizio nel merito ex art. 60 c.p.a., la causa passava in decisione.

2. Possono essere esaminati congiuntamente entrambi i profili di gravame, giacchè essi presuppongono la soluzione delle medesime questioni.

Nella specie, l'impugnata nota di esclusione dell'offerta tecnica della ricorrente, trasmessa via *pec* in data 6 dicembre 2018, è motivata in relazione alla circostanza che *“Nella documentazione tecnica si attesta l'assenza delle dichiarazioni di esclusività da parte di tutti i componenti del gruppo di lavoro”*.

In particolare, il Disciplinare di Gara, al punto 15 *“CONTENUTO DELLA BUSTA B – OFFERTA TECNICA”* stabilisce:

“La busta “B – Offerta tecnica” contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti:

a) relazione tecnica dei servizi offerti;

b) relazione descrittiva del gruppo di lavoro con allegati i curricula nominativi di ciascun componente debitamente sottoscritti con dichiarazione di esclusività relativamente all'impegno dell'offerente

nell'ambito dell'appalto stesso.

Resta inteso che gli esperti, titolari di un contratto di collaborazione professionale in corso con il FornezPA nell'ambito del Progetto RiformAttiva, non potranno fare parte dei gruppi di lavoro proposti per la realizzazione delle attività.”

Nella specie, quindi, l'offerta di parte ricorrente manca del requisito di cui alla lettera b) del punto 15 “*CONTENUTO DELLA BUSTA B – OFFERTA TECNICA*”, previsto espressamente a pena di esclusione.

Infatti, con la dichiarazione integrativa del 6.8.2018 (all. 6), la ditta ricorrente ha così precisato: “*7.dichiara di non trovarsi in condizioni di incompatibilità dovute alla realizzazione di attività di audit e/ o di assistenza tecnica nell'ambito dello stesso Programma Operativo UPON Governance e Capacità istituzionale" 2014/2020*” e “*8. dichiara che non fanno parte del gruppo di lavoro proposto per la realizzazione delle attività esperti titolari di un contratto di collaborazione professionale in corso con il FornezPA nell'ambito del Progetto RiformAttiva. Per gli operatori economici aventi sede, residenza o domicilio nei paesi inseriti nelle c.d. " black list"*”.

Non può, al riguardo, condividersi la doglianza con cui parte ricorrente deduce che, nel caso di specie, si sarebbe dovuto applicare il principio del cosiddetto “*soccorso istruttorio*”, intanto perché ciò è espressamente escluso dal tenore dell'art. 13 “*SOCCORSO ISTRUTTORIO*” del Disciplinare di Gara - peraltro, neanche impugnato- il quale precisa:

“*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice*”.

Invero, il comma 9° dell'art. 83 del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 seppure con una formulazione *a contrario* - che fa salva tra l'altro la ipotesi, innovativa, della mancanza, dell'incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, sanabili con il cosiddetto "*soccorso istruttorio oneroso*" - ha escluso, in linea di continuità con l'interpretazione degli artt. 38 e 46 del previgente D. Lgs. n. 163 del 2006, che possano essere oggetto di sanatoria mediante *soccorso istruttorio* la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale "*riguardanti l'offerta tecnica ed economica, nonché le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, ipotesi tutte che concretano mancanze non sanabili*" (conf.: Cons. Stato, Sez. III, 8 maggio 2017, n. 2093).

In sostanza, l'istituto del cosiddetto "*soccorso istruttorio*", invocato dalla parte ricorrente, non può venire in rilievo nella fattispecie *de qua agitur*, vertendosi in tema:

- di offerta tecnica, ciò che radicalmente esclude la possibilità di invocare esso "*soccorso istruttorio*", ai sensi del comma 9° dell'art. 83 del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50;
- di una lacuna sostanziale della offerta, non sanabile, pena la violazione della "*par condicio competitorum*".

Va altresì precisato, *ad abundantiam*, che non vale a dimostrare che, qualora il "*soccorso istruttorio*" fosse stato attivato dalla stazione appaltante, l'esito della valutazione della offerta sarebbe stato favorevole alla parte ricorrente, poiché la dichiarazione sostitutiva del 16.1.2019, depositata in giudizio dalla parte ricorrente in data 17.1.2019, intesa a dimostrare, in sede processuale, il possesso del prescritto requisito, di data successiva all'esclusione e non facente parte dei documenti prodotti in sede di gara, non è neanche conforme alle prescrizioni di cui al

Disciplinare di Gara, in quanto carente della *relazione descrittiva del gruppo di lavoro* nonché degli *allegati curricula nominativi di ciascun componente debitamente sottoscritti*.

Infine, anche a voler prescindere dalla questione in ordine alla tardività dell'impugnativa della clausola di cui al punto 15 “*CONTENUTO DELLA BUSTA B – OFFERTA TECNICA*” del Disciplinare di Gara, giova evidenziare che la mancanza degli elementi essenziali dell'offerta costituisce una violazione delle regole fondamentali in tema di offerte e, inoltre, che il principio di *tassatività* delle cause di esclusione nelle gare pubbliche ammette che tra di esse possano ricomprendersi tali violazioni (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 03/04/2017, n. 1530; Cons. Stato, Sez. V, 17/01/2018, n. 265).

In sintesi, la carenza, nella specie, riscontrata attiene ad un elemento essenziale dell'offerta tecnica, la cui previsione non appare inficiata da irrazionalità, essendo, infatti, evidente l'interesse della P.A. ad avere, per l'espletamento di un servizio intellettuale di consulenza gruppi di lavoro, dei professionisti che abbiano un rapporto di *esclusività* con la P.A., stante la delicatezza delle funzioni svolte e la finalità di prevenire eventuali fenomeni di divulgazione di notizie e di *know-how* nonché eventuali situazioni di possibile confliggenza con interessi aziendali esterni.

Pertanto, il ricorso si appalesa infondato e va rigettato.

3. Nondimeno, la peculiarità della vicenda contenziosa consente di dichiarare l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio
2019 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente, Estensore

Antonella Mangia, Consigliere

Roberto Vitanza, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO