

Pubblicato il 24/07/2017

N. 03649/2017REG.PROV.COLL.  
N. 08298/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 8298 del 2016, proposto da:

Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. in proprio e quale capogruppo costituenda Ati con P.A. Advice S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti, Elia Barbieri e Simone Mazzoni, con domicilio eletto presso l'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

contro

Regione Marche, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Costanzi e Michele Romano, con domicilio eletto presso l'avvocato Michele Romano in Roma, via Domenico Morichini, n. 41;

nei confronti di

Lattanzio Ict Lab S.r.l. (già Lattanzio Advisory S.p.a.) in proprio e quale capogruppo Ati con Links Management and Technology

S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza S. Bernardo, n. 101;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Marche, Sez. I n. 475/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e della Lattanzio Ict Lab S.r.l. (già Lattanzio Advisory S.p.a.) in proprio e nella qualità indicata in epigrafe; Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Sonia Macchia, su dichiarata delega dell'avv. Vinti, Michele Romano e Annunziata Abbinente, su delega dell'avv. Terracciano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.La società Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI costituenda con P.A. Advice s.p.a., ha impugnato dinanzi al T.A.R. delle Marche gli atti con cui la Regione, all'esito della apposita procedura aperta, ha aggiudicato definitivamente alla costituenda ATI tra Lattanzio Advisory s.p.a. (ora Lattanzio ICT LAB s.r.l.) e Links Management and Technology s.p.a. la fornitura dei servizi di sviluppo, manutenzione, gestione e assistenza al sistema informativo Siform 2.0 per la durata di 48 mesi. A sostegno dell'impugnativa ha articolato i seguenti motivi di

censura: a) Falsa dichiarazione, violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 1, lett. h, 42 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii. e dell'art. 6.2 del disciplinare, eccesso di potere, violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, massima partecipazione, proporzionalità e trasparenza dell'azione amministrativa; b) Violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 46 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii. e dell'art. 6.2 del disciplinare, erroneità, pretestuosità, parzialità e illogicità della motivazione, eccesso di potere, violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, massima partecipazione, proporzionalità e trasparenza dell'azione amministrativa; c) Violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42, 49 e 51 del d.lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii. e degli artt. 6 e 6.2 del disciplinare, erroneità, pretestuosità, parzialità e illogicità della motivazione, eccesso di potere, violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, massima partecipazione, proporzionalità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Hanno resistito al ricorso la Regione Marche e l'ATI aggiudicataria, chiedendone il rigetto; quest'ultima ha spiegato anche ricorso incidentale, non escludente, dolendosi, in sostanza, del fatto che la stazione appaltante aveva fatto illegittima applicazione dell'art. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163/2006 comminando la sanzione di € 12.065,00, laddove, in virtù delle dichiarazioni rese in sede di gara circa il ricorso al subappalto nella misura del 30% alla E-Lios s.r.l., non vi sarebbe stata alcuna necessità di utilizzare

l'istituto del soccorso istruttorio e quindi nessuna sanzione andava applicata.

2. L'adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 475 dell'1 agosto 2016, rilevato preliminarmente che l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale non escludeva l'ammissibilità del ricorso principale, ha esaminato entrambe le impugnazioni, principale e incidentale, respingendole.

In particolare, quanto al ricorso principale, il tribunale ha osservato che: a) il disciplinare di gara richiedeva tra i requisiti di capacità tecnica professionale l'indicazione nella domanda di partecipazione di avere nel proprio organico un minimo di figure professionali specificamente indicate, vale a dire analista funzionale, analista programmatore, almeno un programmatore, che dovranno essere garantiti/forniti dalla mandataria, e la aggiudicataria aveva dichiarato di possedere tale requisito (descrivendo i relativi profili professionali e i titoli di studio), senza tuttavia precisare che le figure dell'analista programmatore e del programmatore non erano dipendenti della Lattanzio Advisory s.p.a., bensì della subappaltatrice E-Lios s.r.l.; il fatto che tali necessarie figure professionali non fossero legate da un rapporto di lavoro dipendente con la mandataria, era irrilevante, giacché la diversa opzione interpretativa dell'ATI ricorrente non trovava riscontro in alcuna clausola della lex specialis, trattandosi del resto di una previsione restrittiva del principio della massima partecipazione che pertanto avrebbe dovuto essere assolutamente univoca; c) la censura concernente la mancata presentazione della prevista dichiarazione semplificata attestante il legame giuridico ed economico

relativamente ad un avvalimento infragruppo con riferimento all'accordo stipulato in data 1 giugno 2015 con eXact Learning Solution s.r.l. era infondata, poiché in primo luogo tra Lattanzio Advisory s.p.a. e eXact Learning Solution s.r.l. non era intercorso alcun contratto di avvalimento, bensì un accordo di distacco infragruppo, disciplinato dall'art. 30, comma 4 ter - del d.lgs.

n. 276 del 2003, ed inoltre perché assorbito, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici e professionali in capo alla mandataria, dalla circostanza che essa avesse dichiarato in offerta di avvalersi del subappalto nella misura massima del 30%, con l'indicazione delle attività da subappaltare e dei curricula dei tecnici che avrebbero partecipato al gruppo di lavoro; d) le predette rendevano infondate le censure contenute nel secondo motivo di ricorso, di analogo contenuto; e) infondato era il terzo motivo del ricorso introduttivo, che concerneva la cessione nel corso delle operazioni di gara dalla parte della originaria mandataria dell'a.t.i., la Lattanzio Advisory s.p.a. all'attuale mandataria Lattanzio ICT LAB s.r.l. del ramo di azienda interessato dalla procedura in controversia e ciò senza il transito dei requisiti tecnico-organizzativi ed economicofinanziari, trattandosi di una tesi smentita dall'atto pubblico del 9 luglio 2015, dal quale risultava che alla costituita società Lattanzio ICT LAB s.r.l. la Lattanzio Advisory s.p.a. aveva conferito il proprio ramo di azienda corrispondente ai servizi ICT, in particolare le attività connesse ai settori informatico, telematico, multimediale, organizzativo e gestionale oggetto di servizi di consulenza ad enti ed imprese le poste attive e passive, nonché i contratti attivi, le offerte e le

referenze risultanti dagli elenchi allegati all'atto di costituzione, ivi compresi i requisiti di partecipazione alle gare a cui Lattanzio ICT LAB s.r.l. subentrava per effetto della cessione; la cessione del ramo di azienda aveva pertanto determinato il passaggio, in capo alla cessionaria, del complesso dei rapporti attivi e passivi facenti capo alla cedente, anche con riferimento ai requisiti per la partecipazione alle gare in corso, quale appunto quella in questione, con una continuità aziendale ed imprenditoriale tra la vecchia e la nuova gestione; di conseguenza per un verso Lattanzio ICT LAB possedeva in proprio, per effetto della predetta cessione, i requisiti di partecipazione alla gara, ivi compreso l'impegno assunto con E-Lios a subappaltare le attività di gestione applicativi, manutenzione correttiva e supporto specialistico, e per altro verso la dichiarazione di Lattanzio ICT LAB di cui all'allegato 1B1 di avvalersi delle capacità economiche, finanziarie, tecniche e organizzative possedute dalla cedente, anch'essa del 6 ottobre 2015, aveva valore ricognitivo di quanto già stabilito all'art. 8 del ricordato atto del 9 luglio 2015. Quanto al ricorso incidentale esso era infondato giacché la stazione appaltante aveva fatto corretto uso dell'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce che "La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione

provvisoria”; sebbene anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 9/2015 avesse affermato il principio secondo cui, anche nell’ipotesi di subappalto necessario, non è obbligatoria l’indicazione dell’impresa subappaltatrice all’atto dell’offerta, nel caso in esame, l’attivazione del soccorso istruttorio da parte dell’amministrazione era stata necessaria per verificare il possesso del requisito di cui all’art. 6.2 del disciplinare, con riferimento alla disponibilità nell’“organico” della mandataria Lattanzio Advisory delle figure dell’analista programmatore e del programmatore indicate nel gruppo minimo di lavoro, quale requisito di capacità tecnica e professionale previsto dalla lex specialis a pena di esclusione; ciò anche in considerazione del fatto che la formulazione dell’offerta da parte del raggruppamento risultato aggiudicatario era obiettivamente poco chiara e che tale omessa specificazione comportava un’incompletezza della dichiarazione richiesta al concorrente in base al disciplinare di gara.

3. Con atto di appello notificato il 20 ottobre 2016 la Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentando:

-Erroneità della sentenza al punto sub II.1 per violazione dell’art. 38 comma 1 lett. II del d. lgs. n. 163 del 2016, dei principi in tema di qualificazione di cui all’art. 42 del d. lgs. n. 163 del 2006, dell’art. 6.2 del disciplinare d’appalto, dell’art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, massima partecipazione, proporzionalità e trasparenza dell’azione amministrativa. Travisamento dei fatti delle ragioni dedotte in giudizio. Illogicità, contraddittorietà ed

ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti e dei documenti. Le conclusioni cui era pervenuta la sentenza in ordine alle risorse personali da possedere in organico, considerate in termini di mera disponibilità del personale necessario, ancorché non legate da specifico rapporto lavorativo e quindi non inserite nell'organico dell'impresa, non potevano essere condivise, giacché dalla lettura del disciplinare di gara emergeva che il concorrente doveva individuare le qualifiche delle figure professionali da destinare all'esecuzione del servizio presenti nel proprio organico (con determinati titoli di studio ed esperienze lavorative), il che escludeva che ciò potesse essere assicurato con una qualsiasi forma di collegamento lavorativo, trattandosi di requisiti di partecipazione e dunque di caratteristiche intrinseche della ditta concorrente e non potendo pertanto ammettersi al riguardo una sorta di avvalimento di altri operatori professionali, tra l'altro differenti da quelli oggetto della primitiva dichiarazione, alle dipendenze di una società facente parte dello stesso gruppo cui apparteneva l'aggiudicataria; in definitiva per quanto riguardava il concetto di organico dell'impresa doveva farsi esclusivo riferimento alla previsione dell'art. 2094 del codice civile, non potendo ammettersi una diversa configurazione dei rapporti di lavoro che davano vita ad altri istituti come il subappalto (tanto più che nel caso di specie al subappalto l'aggiudicataria aveva già fatto ricorso nella misura del 30% per attività di gestione applicativi, manutenzione correttiva e supporto specialistico);

- Erroneità della sentenza al punto sub II.2 per violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 46 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2016, dell'art. 6.2 del disciplinare d'appalto e dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, massima partecipazione, proporzionalità e trasparenza dell'azione amministrativa. Erroneità, pretestuosità, parzialità e illogicità della motivazione. Eccesso di potere. L'accordo richiamato dall'aggiudicataria per giustificare il possesso del requisito dei professionisti necessari non era mai stato dichiarato in sede di offerta ed il fatto che esso riportasse una data anteriore non aveva alcun valore, non essendo possibile una sorta di sanatoria di quanto dichiarato;

3. Erroneità della sentenza al punto sub II.3 e II.4 per violazione falsa applicazione degli artt. 41, 42, 49 e 51 del d. lgs. n. 183 del 2016, dell'art. 6.2 del disciplinare d'appalto e dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, massima partecipazione, proporzionalità e trasparenza dell'azione amministrativa. Erroneità, pretestuosità, parzialità e illogicità della motivazione. Eccesso di potere. La sentenza impugnata aveva errato nel ritenere transitati in capo alla cessionaria anche i requisiti tecnicoorganizzativi ed economico-finanziari richiesti dalla legge di gara, né potevano essere invocati due nuovi ulteriori avvalimenti postumi. L'appellante concludeva quindi per l'accoglimento del proprio ricorso con vittoria di spese, precisando anche la propria domanda di risarcimento del danno e sostenendo infine l'infondatezza del ricorso incidentale ex adverso proposto.

4. Si sono costituiti in giudizio la Lattanzio ICT LAB s.r.l. e la Regione Marche, le quali hanno dedotto l'infondatezza dell'appello, chiedendone il rigetto.
5. Alla pubblica udienza del 18 maggio 2017 la causa è passata in decisione.
6. L'appello è infondato.
  - 6.1. In relazione al primo motivo di gravame, la Sezione non ha motivo di discostarsi dalle non irragionevoli conclusioni cui è pervenuto il tribunale circa il concetto di organico dell'impresa e sul fatto che in esso vi rientrino le contestate figure dell'analista

programmatore e del programmatore, di cui l'aggiudicataria ha dichiarato la disponibilità.

E' sufficiente rilevare che la tesi dell'appellante si fonda, ad avviso della Sezione, sulle disposizioni codistiche di cui agli artt. 2094 e 2095 del codice civile che non sono pertinenti e non si attagliano al caso di specie.

Innanzitutto tali disposizioni disciplinano il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa e catalogano le figure dei singoli prestatori di lavoro (dirigenti, quadro, impiegati, operai), senza escludere che possono esservi in concreto altre persone, che nelle più svariate forme previste dalla legge, collaborino con l'imprenditore: ciò del resto è del tutto coerente con la natura dinamica e non statica dell'impresa, chiamata a misurarsi con le richieste del mercato e dunque ad adattarsi a queste ultime, tanto più in un ambito del tutto peculiare quale quello delle gare per gli appalti pubblici e dei conseguenti contratti da stipulare.

Sotto tale profilo, pertanto, pur non potendo negarsi la ragionevole e necessaria esistenza di un "organico" dell'impresa, quest'ultimo non può che essere inteso nel senso di struttura minima funzionale, utile per l'impresa al fine di poter essere presente sul mercato e per poter conseguire gli obiettivi che l'imprenditore in un certo periodo si è prefissato, dovendo invece ammettersi che quell'organico, lungi dall'essere fisso e determinato, costituisce (deve costituire) uno strumento duttile, implementabile anche per tempi limitati, onde consentire il raggiungimento di scopi particolari e transeunti.

Dunque la nozione di organica dell'impresa non può essere ridotto alla definizione codicistica del lavoro subordinato dell'impresa, né

può essere automaticamente ricavabile dai principi di diritto amministrativo (valevoli evidentemente soltanto per le pubbliche amministrazioni, in cui gli obiettivi da perseguire possono considerarsi tendenzialmente stabili, in quanto indicati direttamente dalla legge) e quindi esso deve inteso in senso dinamico e flessibile, ricomprendendovi ogni tipo di prestatore di lavoro che cooperi, a qualsiasi titolo ed in qualsiasi forma, con l'imprenditore per il raggiungimento dei suoi obiettivi, anche se non rientri nell'ambito delle categorie di lavoratori indicati nella normativa codicistica: in linea tendenziale può farsi rientrare nell'organico dell'impresa ogni energia lavorativa di cui l'imprenditore abbia la effettiva disponibilità per il raggiungimento dei suoi scopi, indipendentemente dalle modalità e dalle forme in cui si esplicita tale disponibilità (modalità e forme che attengono ai rapporti tra imprenditori e prestatori e non riguardano invece la capacità dell'impresa di essere protagonista sul mercato).

Così inteso il concetto di organico la doglianza in esame è da respingere, dovendo escludersi anche che possa nel caso di specie configurarsi una ipotesi di subappalto non dichiarato e quindi eccedente il limite del 30% previsto dalla legge.

E' appena il caso di aggiungere che parte appellante non ha fornito alcun elemento probatorio, neppure a livello indiziario, circa la non effettività (e non veridicità) del fatto che la Lattanzio Advisory S.p.a. (prima) e la Lattanzio ICT Lab s.r.l. (poi) non avessero la disponibilità della forza lavoro dichiarata in sede di gara, non potendo ciò ricavarsi automaticamente dal ricorso al subappalto

nella misura prevista dalla legge per la gestione degli applicativi, della manutenzione correttiva, etc.

6.2. Altresì infondati sono il secondo ed il terzo motivo in cui l'appellante Engineering sostiene che quanto richiamato dall'aggiudicataria per giustificare il possesso del requisito dei professionisti necessari non è mai stato dichiarato in sede di offerta ed in ogni caso non si poteva ammettere il passaggio dei requisiti dalla Lattanzio Advisory s.p.a. alla cessionaria del ramo d'azienda Lattanzio ICT LAB s.r.l., poi aggiudicataria definitiva.

In realtà l'aggiudicataria Lattanzio ICT LAB s.r.l. non poteva essere ritenuta priva del possesso del requisito anzidetto, poiché da un lato, in sede di richiesta di chiarimenti, la Lattanzio Advisory s.p.a. ha da subito precisato di avere tra i componenti del gruppo di lavoro un analista programmatore ed un programmatore – i dott. ri Aureli e Marani - dipendenti di E-lios s.r.l. l'impresa subappaltatrice - ma dall'altro la stessa Lattanzio Advisory ha altresì specificato di disporre nel proprio organico - inteso secondo quanto illustrato a proposito della prima censura – i dottori Salvaneschi e Bernardello, il primo analista programmatore ed il secondo programmatore - inseriti nella propria compagine grazie all'accordo infragruppo con Exact Learning Solutions s.r.l., accordo stipulato ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276, il quale prevede espressamente l'ipotesi della figura del distacco, allorché un datore di lavoro pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Per giungere alla già ritenuta infondatezza delle censure, vanno precisati alcuni elementi: in primo luogo tali dichiarazioni di requisiti appaiono tempestive quali risposte alle richieste di chiarimenti della stazione appaltante, in secondo luogo quella che si potrebbe definire una doppia segnalazione di requisiti supera in ogni caso eventuali rilievi in ordine al superamento dei limiti massimi posti al subappalto, in terzo luogo, infine, non vi sono anche in questa parte ragioni per discostarsi dalla sentenza impugnata, nel senso che la Lattanzio Advisory s.p.a. successivamente alla propria domanda di partecipazione alla gara in questione, aveva conferito il proprio ramo di azienda corrispondente ai servizi ICT Lattanzio ICT LAB, in particolare le attività connesse ai settori informatico, telematico, multimediale, organizzativo e gestionale oggetto di servizi di consulenza ad enti ed imprese le poste attive e passive, nonché i contratti attivi, le offerte e le referenze risultanti dagli elenchi allegati all'atto di costituzione, ivi compresi i requisiti di partecipazione alle gare a cui Lattanzio ICT LAB s.r.l. subentrava per effetto della cessione.

Non si ravvisano elementi per cui tale operazione societaria possa aver arrecato turbative o scorrettezze alla gara in controversia, visto in specie il passaggio di referenze, contratti attivi e requisiti di partecipazione alle procedure di gara; in tale ottica non si poteva quindi fare questione di avvalimenti nuovi o successivi alla modificazione soggettiva avvenuta nel corso del procedimento, poiché la Lattanzio ICT LAB s.r.l. deve ritenersi titolare di tutte le poste attive cedute dalla Lattanzio Advisory, ivi compresi

subappalti e distacchi, dunque, in conclusione, non si intravedono le illegittimità denunciate dall'appellante.

7. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista anche la estrema farraginosità dell'intera vicenda. P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE  
Raffaele Prospero

IL PRESIDENTE  
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO