

MASSIMA – “*Questa Sezione ha infatti di recente affermato che la legittimità della scelta di limitare a priori la facoltà delle imprese di associarsi in ATI per ragioni antitrust, non può essere valutata in concreto, con riferimento alla diverse fattispecie, dovendosi ritenere che la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere imprese sovrabbondanti alle gare resta soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia con riguardo all’oggetto dell’appalto, sia con riferimento alla utilità pubblica sperata, con la conseguenza che tale scelta può ritenersi illegittima solo se non risponde ad alcuna reale esigenza sottesa all’evidenza pubblica, se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell’appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 3402 dell’11 giugno 2012).*”

## **Consiglio di Stato n. 5820 del 19/11/2012**

### **Il Consiglio di Stato**

#### **in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

#### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 756 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

GPI S.p.a. in proprio e quale Capogruppo del R.T.I. formato da Argentea S.p.a., I & T Servizi S.r.l., Informatica e Tecnologia S.r.l., Sysline S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Vinti e Dario Capotorto, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

#### ***contro***

l’Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall’avv. Francesco Caricato, con domicilio eletto in Roma, via Silla n. 91;

#### ***nei confronti di***

Consis Società Consortile a responsabilità limitata, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. formato da Svimservice S.p.a., Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., Sds S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Massimiliano Brugnoletti e Stefano Potenza, con domicilio eletto presso Massimiliano Brugnoletti in Roma, Viale G. Mazzini n. 113;

### *per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, Sezione Staccata di Lecce, Sezione II, n. 269 del 9 febbraio 2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento, la gestione e la manutenzione del sistema informativo automatizzato per la gestione dei servizi CUP delle A.S.L. della provincia di Taranto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale proposto da Consis, Società Consortile a responsabilità limitata, e i relativi allegati

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale di Taranto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2012 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avv. Elia Barbieri, per delega dell'avv. Stefano Vinti, l'avv. Francesco Caricato e l'avv. Massimiliano Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.- L'appellante GPI S.p.a., capogruppo del R.T.I. formato da Argentea S.p.a., I & T Servizi S.r.l., Informatica e Tecnologia S.r.l., Sysline S.p.a., di seguito GPI, ha partecipato alla procedura aperta, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, per l'affidamento della progettazione, realizzazione, gestione e manutenzione del sistema informativo automatizzato e per la gestione dei servizi CUP dell'Azienda per 5 anni, per un importo di € 28 milioni, oltre I.V.A.

Il disciplinare della gara, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva, per il progetto tecnico, l'assegnazione di complessivi punti 65 sulla base di 4 sottosistemi (A1, A2, A3 e A4), con diversi punteggi parziali (35, 12, 10, 8). Le imprese partecipanti dovevano peraltro conseguire almeno 39 punti, senza riportare in

nessuno dei sub-criteri di valutazione un giudizio inferiore a 6/10. Per il costo totale dell'intervento il disciplinare prevedeva l'assegnazione di punti 34; 1 punto era infine riservato alla valutazione del termine massimo per il pagamento delle fatture.

2.- Nel termine fissato dal bando presentavano l'offerta il raggruppamento con mandataria GPI e il R.T.I. formato da CONSYS, Società Consortile a responsabilità limitata, capogruppo mandataria, Svimservice S.p.a., Engineering Ingegneria Informatica S.p.a. e Sds S.r.l., di seguito CONSYS.

Nella valutazione dei progetti tecnici l'appellante GPI otteneva punti 40 mentre CONSYS otteneva punti 59,50.

GPI, benché avesse superato il punteggio minimo di 39, era tuttavia esclusa dalla gara per l'insufficienza riportata in due dei sottosistemi di valutazione (quello A2, in cui aveva conseguito punti 7 su 12, e quello A3 in cui aveva conseguito punti 4,5 su 10).

La gara veniva quindi aggiudicata a CONSYS il 20 aprile 2010.

3.- Il raggruppamento con a capo GPI impugnava l'esclusione con ricorso promosso davanti al T.A.R. di Lecce nel quale censurava l'operato degli organismi di gara e contestava l'aggiudicazione in favore di CONSYS e la sua stessa ammissione alla gara.

4.- Con sentenza n. 1616 del 1 luglio 2010, il T.A.R. di Lecce respingeva il ricorso principale e i motivi aggiunti proposti da GPI e dichiarava inammissibili, per carenza di interesse i due ricorsi incidentali proposti da CONSYS.

La sentenza era appellata da GPI mentre il controinteressato CONSYS proponeva appello incidentale.

5.- La Sezione V di questo Consiglio di Stato, prima con decreto presidenziale n. 2945 del 25 giugno 2010, sul dispositivo di sentenza, e quindi con ordinanza collegiale n. 4758 del 15 ottobre 2010 ha accolto la domanda cautelare e sospeso l'efficacia della sentenza avendo ritenuto che *«appaiono sussistere profili di fondatezza con riguardo ai motivi di appello attinenti alla fissazione, all'interno della c.d. soglia di sbarramento (di 39 punti), che è stata complessivamente superata dall'offerta dell'appellante, di ulteriori sub-soglie di sbarramento*

*attinenti ai singoli sub-elementi, fissate a pena di esclusione nel disciplinare di gara, nonché con riguardo alla motivazione del giudizio di esclusione relativo ai punti A2 e A3».*

6.- Con sentenza di questa Sezione n. 2295 del 13 aprile 2011 l'appello è stato poi accolto ed è stato respinto il ricorso incidentale di CONSYS. Per l'effetto è stata disposta la riammissione alla procedura di GPI, con il rinnovo delle operazioni di gara ed è stata dichiarata l'inefficacia del contratto che era stato stipulato con CONSYS il 3 settembre 2010.

7.- Il Commissario Straordinario dell'A.S.L. di Taranto ha quindi riconvocato la Commissione di gara che, in data 18 luglio 2011, ha proceduto all'esame dell'offerta tecnica di GPI (assegnandole ancora il punteggio complessivo di 40 punti) e successivamente all'apertura dell'offerta economica.

All'esito di tali operazioni, all'offerta di CONSYS sono stati assegnati punti 95,77 (59,5 per l'offerta tecnica, riclassificata in punti 65,0; punti 29,77 per l'offerta economica e punti 1 per i tempi di esecuzione) e a GPI sono stati assegnati punti 78,70 (40,0 per l'offerta tecnica, riclassificata in punti 43,7; punti 34,0 per l'offerta economica e punti 1 per i tempi di esecuzione).

L'appalto è stato quindi di nuovo aggiudicato a CONSYS con delibera dell'A.S.L. di Taranto del 22 settembre 2011. Il 30 dicembre 2011 è stato poi (di nuovo) firmato fra le parti il relativo contratto.

8.- GPI ha proposto un nuovo ricorso davanti al T.A.R. di Lecce avverso l'atto di aggiudicazione e avverso l'operato degli organismi di gara. Ha lamentato, con sette motivi, la violazione del punto 4 del disciplinare di gara (nella parte in cui ha vietato, a pena di esclusione, la partecipazione in R.T.I. di due o più imprese in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione) unitamente ai principi generali di imparzialità, buon andamento, par condicio, coerenza e logicità dell'azione amministrativa, nonché l'eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza, difetto d'istruttoria e sviamento, la violazione e falsa applicazione dell'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 e dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

In subordine ha lamentato l'elusione del giudicato amministrativo e, in via ulteriormente gradata, la violazione del principio di segretezza degli atti di gara e delle cautele atte a prevenire ogni rischio di manomissione.

CONSIGIS ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara di GPI, sostenendo l'irregolarità della documentazione di gara prodotta.

9.- Il T.A.R. di Lecce con l'appellata sentenza n. 269 del 9 febbraio 2012 ha dichiarato inammissibili il ricorso incidentale (ed i motivi aggiunti) di CONSIGIS perché *«le censure sono coperte dal giudicato formatosi, che attiene sia alle questioni proposte con i ricorsi incidentali spiegati nel giudizio R.G. 47/2010 (non valutate dalla sentenza n. 1616/2010, riproposte in appello e respinte dal Consiglio di Stato: cfr. punti 11.2 e 11.3 della sentenza n. 2295/2011), sia a quelle all'epoca deducibili (che con lo stesso mezzo andavano allora avanzate, al fine di contrastare l'azione originariamente rivolta avverso la già disposta aggiudicazione, compresa ... l'impugnativa in via subordinata della clausola del disciplinare circa la partecipazione in ATI di Imprese "autosufficienti")».*

10.- Il T.A.R. di Lecce ha poi rilevato che, con i primi cinque motivi del ricorso principale, era stata dedotta la violazione del punto 4 del disciplinare (nella parte in cui ha vietato, a pena di esclusione, la partecipazione in R.T.I. di due o più imprese in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione), e censurata l'ammissione alla gara di CONSIGIS, che andava escluso (per eccesso di capacità) poiché due imprese mandanti (Svimservice ed Engineering Ingegneria Informatica) e lo stesso Consorzio mandatario erano in grado di soddisfare (da sole) i requisiti di capacità economico/finanziaria e di capacità tecnica richiesti.

Sul punto il T.A.R. ha rilevato che la questione relativa alla norma che si assumeva violata era stata *«già affrontata con la sentenza dell'1 luglio 2010 n. 1616, che ha respinto la censura»* e che *«il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza affermando che è illegittima l'esclusione del RTI ricorrente, ordinando così la rinnovazione delle operazioni di gara, ha dichiarato assorbita ogni altra censura (punto 9.4 della sentenza n. 2295/2011)».*

Il T.A.R. di Lecce, quindi, dopo aver ricordato che, con il suo primo ricorso, GPI aveva censurato sia l'ammissione di CONSIGIS (per essere costituito da imprese in grado di soddisfare da sole i requisiti di partecipazione, in violazione della regola del punto 4 del disciplinare) sia la sua esclusione dalla gara (per non aver riportato un giudizio di sufficienza in due dei sottosistemi di valutazione dell'offerta tecnica), che entrambe le censure erano state disattese e che il Consiglio di Stato aveva accolto l'appello con riguardo ai soli motivi riguardanti l'esclusione di GPI (con la sua riammissione alla gara), ha affermato che *«in tale contesto, nel caso cioè in cui il Giudice di secondo grado non abbia esaminato ma dichiarato assorbita la distinta censura (volta a far escludere il concorrente), ... resta preclusa alla parte la possibilità di rinnovarla nel giudizio di impugnazione dei nuovi provvedimenti, adottati dall'Amministrazione a seguito della pronuncia di appello...infatti ... la dichiarazione di assorbimento del motivo resa dal Consiglio di Stato equivale in tal caso al rigetto implicito della censura, o in altri termini all'accoglimento parziale dell'appello, limitatamente alla domanda di riammissione alla gara»*.

Secondo il T.A.R., inoltre, così si eviterebbe di introdurre nel processo elementi nuovi e (anche solo parzialmente) diversi rispetto a quelle originari, in elusione del termine di decadenza per la proposizione del ricorso (trattandosi di impugnativa di atti già in precedenza conosciuti). Per tali ragioni *«deve dunque ritenersi formato il giudicato implicito sulla domanda (sicché la possibilità di statuire nuovamente, nello stesso grado di giudizio, sulla medesima questione incontra il limite del “ne bis in idem”), per cui per tale parte (motivi dal primo al quinto)»* il ricorso doveva essere dichiarato inammissibile.

10.1.- Il TAR ha poi ritenuto infondato anche il sesto motivo di ricorso riguardante la valutazione dell'offerta tecnica di GPI, operata dalla Commissione in sede di rinnovo delle operazioni di gara, in quanto l'identità di talune espressioni letterali o l'attribuzione del medesimo punteggio per tutti i sottosistemi di valutazione non poteva determinare l'illegittimità della valutazione, in quanto *«trattandosi di giudizi tecnici complessi, è pressoché normale che si adoperino le stesse formulazioni e si ripetano nozioni già contenute*

*nei precedenti verbali, essendo fuor di luogo ritenere che la Commissione dovesse non tener conto di quanto già in precedenza considerato, ovvero sostituire giocoforza il punteggio numerico assegnato».*

10.2.- Il T.A.R. ha infine ritenuto infondato anche il settimo ed ultimo motivo di ricorso con cui GPI lamentava la mancanza di adeguate garanzie di conservazione dei plichi, *«non potendosi affermare che l'esigenza di impedire la manomissione delle buste vada intesa in maniera così formalistica da imporre di dar conto delle modalità di conservazione anche allorquando la busta sia stata aperta nella seduta pubblica del 28/7/2011, manifestandosi per ciò solo a tutti i presenti l'integrità della stessa».*

11.- GPI ha ora appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

All'appello si oppongono CONSIG, che ha riproposto anche appello incidentale, e la A.S.L. di Taranto.

12.- Tutto ciò premesso, facendo applicazione dei principi affermati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, occorre esaminare preliminarmente l'appello incidentale escludente di CONSIG.

CONSIG ha, in primo luogo, sostenuto che l'appellata sentenza del T.A.R. di Lecce è viziata da errore di fatto nella parte in cui ha ritenuto inammissibili i vizi che erano stati dedotti (terzo e quarto dei motivi) con riferimento all'offerta economica di GPI che era stata invece conosciuta solo dopo la riammissione alla gara di GPI.

Tali vizi non potevano essere infatti conosciuti prima e non potevano essere quindi coperti dal giudicato formatosi nel precedente giudizio in quanto nemmeno deducibili.

Il rilievo è fondato. Considerato che l'offerta economica di GPI è stata conosciuta solo a seguito della parziale rinnovazione delle operazioni di gara (e non era conosciuta quando è stato esaminato il primo ricorso proposto da GPI avverso la sua esclusione dalla gara), il T.A.R. non poteva dichiarare l'inammissibilità dei motivi di ricorso proposti in relazione a tale offerta economica.

13.- Occorre esaminare quindi tali motivi che il giudice di primo grado erroneamente non ha esaminato.

Sostiene in primo luogo CONSYS che GPI doveva essere esclusa dalla gara perché la mandante società Informatica e Tecnologia non aveva sottoscritto l'offerta economica.

La censura non è fondata.

Risulta chiaramente dagli atti che il rappresentante legale della società Informatica e Tecnologia (Salvatore Lia) ha sottoscritto l'offerta economica in ogni sua pagina (compreso l'ultima in basso a destra) ed è del tutto irrilevante che la sottoscrizione non sia stata riproposta (nell'ultima pagina) anche vicino al timbro della società posto a margine dell'offerta.

Né ha alcun rilievo la circostanza che i rappresentanti legali delle altre associate, nell'ultima pagina, abbiano apposto due volte la loro firma mentre Informatica e Tecnologia ha lasciato uno dei due spazi per la firma in bianco risultando comunque sufficiente l'unica sottoscrizione posta in basso a destra nell'ultima pagina.

14.- Con il secondo motivo del suo appello incidentale CONSYS ha poi sostenuto che GPI doveva essere esclusa perché nella sua offerta economica non erano state indicate le parti del servizio che i singoli componenti del R.T.I. avrebbero eseguito nel caso di aggiudicazione.

Anche tale censura è infondata.

L'indicazione delle parti del servizio che i singoli componenti del R.T.I. avrebbero eseguito nel caso di aggiudicazione non doveva essere, infatti, contenuta (anche) nell'offerta economica. Risulta peraltro chiaramente dagli atti che i singoli componenti del R.T.I. GPI hanno indicato nell'offerta tecnica (pagine 11 e 12) e nella documentazione amministrativa presentata le parti del servizio che, in caso di aggiudicazione, avrebbero eseguito.

15.- CONSYS, con il suo appello incidentale, ha poi anche contestato la dichiarata inammissibilità (per violazione del giudicato) delle altre due censure che erano state proposte con il suo ricorso incidentale.



Tali censure riguardavano la non conformità al disciplinare di gara delle referenze bancarie delle imprese del RTI GPI e la carenza del possesso del requisito minimo del fatturato per servizi analoghi della mandante società Sysline.

Sostiene, in particolare, CONSYS che tali censure non erano state oggetto di espressa valutazione nella sentenza di questa Sezione n. 2295 del 13 aprile 2011, emessa nel precedente giudizio fra le stesse parti, e che quindi sulle stesse non poteva essersi formato alcun giudicato.

Le doglianze non sono fondate. Infatti la riproposizione di tali censure nel secondo giudizio è stata correttamente ritenuta inammissibile, per violazione del giudicato, dal giudice di primo grado, essendo state sollevate questioni riguardanti la dedotta erronea ammissione alla gara di GPI che era stata già oggetto del precedente giudizio (e del conseguente giudicato).

15.1.- Sebbene sinteticamente, e quindi in forma semplificata, questa Sezione si era espressa nella sentenza n. 2295 del 2011 sulle censure escludenti proposte da CONSYS, in via incidentale, nel precedente giudizio.

La Sezione, con la citata sentenza, ha infatti *«respinto ... l'appello incidentale proposto dal controinteressato RTI CONSYS»* ed ha osservato *«che le censure attengono per lo più a asserita carenza o incompletezza della documentazione e ad inosservanze procedurali, che non risultano meritevoli di accoglimento»*, aggiungendo che *«il RTI GPI ha ... depositato i bilanci degli ultimi tre anni al momento disponibili e il fatturato della I & T Servizi, le attestazioni rilasciate alla Sysline e l'avvalimento della Software risultano infine in linea con lo stesso disciplinare»*.

15.2.- Correttamente pertanto il T.A.R. di Lecce ha affermato che su tali questioni, già oggetto del precedente ricorso incidentale di CONSYS, si era oramai formato il giudicato, con la conseguenza che le relative statuizioni risultavano intangibili anche nel nuovo giudizio fra le stesse parti.

Del resto se così non fosse stato la Sezione non avrebbe potuto accogliere il ricorso proposto da GPI avverso la sua esclusione dalla gara.

16.- CONSIGLIO, in via subordinata, ha poi proposto con il suo appello incidentale ulteriori motivi (pure dichiarati inammissibili in primo grado perché ritenuti coperti dal giudicato) nei quali ha sostenuto che GPI, nella sua offerta tecnica, ha allegato, in violazione del disciplinare di gara, numerosi documenti in lingua inglese ed ha ommesso di firmare le schede allegate alla relazione tecnica.

Tali motivi, a prescindere da ogni questione sulla loro ammissibilità, sono comunque infondati.

16.1.- Come è stato giustamente sottolineato da GPI nei suoi scritti difensivi, l'inserimento nell'offerta tecnica di schede tecniche o di depliant illustrativi doveva considerarsi meramente facoltativo e, anche per la loro natura meramente esplicativa, la mancata sottoscrizione o l'omessa traduzione in italiano non poteva in alcun modo inficiare la regolarità dell'offerta (dato e non concesso che si tratti veramente di carenze formali, esse al più avrebbero potuto giustificare una eventuale decisione espressa o tacita della commissione di non tenere conto di quegli allegati).

17.- CONSIGLIO, infine, per il caso di valutazione positiva della censura di GPI riguardante l'eccesso di impresa, ha, con ultimo motivo aggiunto, contestato la legittimità della disposizione (art. 4 del disciplinare di gara) che, limitando il diritto di aggregazione, determinerebbe un vulnus alla libertà d'impresa.

La censura sarà però esaminata successivamente con l'esame del relativo motivo proposto da GPI.

18.- L'appello incidentale di CONSIGLIO deve essere quindi respinto (fatto salvo il possibile esame del suindicato motivo sollevato in via subordinata ed eventuale), e si può ora passare all'esame dell'appello principale di GPI.

19.- Sostiene preliminarmente GPI che erroneamente il T.A.R. ha dichiarato inammissibili i primi cinque motivi del suo ricorso (riguardanti la violazione dell'art. 4 del disciplinare di gara concernente il divieto di partecipazione alla gara di RTI sovrabbondanti), per l'avvenuta formazione del giudicato sulle questioni sollevate.

Secondo l'appellante GPI, se è vero che nel precedente giudizio la questione era stata esaminata (e respinta) in primo grado dal T.A.R., nel grado di appello, invece, la questione non era stata esaminata essendo stati dichiarati assorbiti, nella sentenza di questa Sezione n. 2295 del 13 aprile 2011, gli altri motivi (fra i quali quello in questione) oggetto del ricorso che era stato invece accolto per altro motivo.

Aggiunge GPI che l'assorbimento dei motivi disposto per ragioni di economia processuale non equivale al rigetto degli stessi, con la conseguenza che non può profilarsi un giudicato implicito su questioni che non hanno costituito un antecedente logico della decisione.

Ritiene inoltre GPI che l'assorbimento era stato dovuto anche alla considerazione che, dopo la rinnovazione delle operazioni di gara, era impossibile prevedere la sua collocazione in graduatoria e che, se fosse risultata aggiudicataria, non avrebbe avuto più alcun interesse sulle questioni riguardanti l'ammissione alla gara di CONSIS.

Aggiunge GPI che l'aggiudicazione impugnata nel secondo giudizio è atto diverso e nuovo rispetto alla aggiudicazione impugnata (con la sua esclusione dalla gara) nel primo giudizio.

Quanto alla questione riguardante il possibile tardivo ampliamento delle censure, GPI sostiene che le censure erano state tempestivamente proposte e che nel nuovo giudizio sono state solo presentate nuove prove, peraltro di complessa acquisizione, per dimostrare la fondatezza delle censure.

20.- Al riguardo si deve osservare che effettivamente la questione riguardante la violazione dell'art. 4 del disciplinare di gara (contenente il divieto di partecipazione alla gara di RTI sovrabbondanti) era stata oggetto della sentenza del T.A.R. di Lecce n. 1616 del 1 luglio 2010, resa nel precedente giudizio, e che su tale questione questa Sezione, nella sentenza n. 2295 del 2011, non si era invece espressamente pronunciata avendo accolto (per altra ragione) l'appello di GPI ed avendo ritenuto di assorbire gli altri motivi proposti da GPI (anche riguardanti l'ammissione alla gara di CONSIS).

20.1.- Avendo il T.A.R. di Lecce, nella appellata sentenza n. 269 del 9 febbraio 2012, ritenuto precluso l'esame di tali motivi per il giudicato formatosi a seguito della prima vicenda

processuale, la prima questione che occorre esaminare, in ordine alla problematica proposta, riguarda quindi la possibile formazione del giudicato su questioni che sono state esaminate in un precedente giudizio fra le stesse parti riguardante una precedente fase del procedimento di aggiudicazione di una gara.

Si può allora osservare che, quando si impugna un provvedimento di esclusione da una gara ed anche (o poi con motivi aggiunti) l'aggiudicazione della stessa gara ad un'altra impresa partecipante, possono essere dedotte dall'impresa esclusa diversi tipi di censure.

Tali censure possono riguardare solo l'esclusione dalla gara ed in tal caso la decisione del giudice amministrativo (su tale esclusione) determina effetti solo sulla prosecuzione della gara alla quale può essere stata eventualmente riammessa l'impresa esclusa.

Le censure possono poi riguardare (anche) la correttezza della procedura di gara seguita dall'amministrazione. In tal caso la decisione del giudice amministrativo produce effetti sulla prosecuzione (o sulla non prosecuzione) della gara.

Le censure possono ancora riguardare (anche) l'ammissione dell'impresa risultata nelle more eventualmente aggiudicataria. E, a sua volta, l'aggiudicataria può sostenere, con ricorso incidentale, che l'impresa già esclusa (per il motivo contestato) dovesse essere esclusa anche per altri motivi.

20.2.- Qualora il giudizio (sull'esclusione dalla gara) si sia concluso con la dichiarazione della illegittimità di tale esclusione e l'esclusa sia stata riammessa alla gara (con la conseguente caducazione degli atti successivi ed anche del contratto eventualmente sottoscritto), la procedura di gara deve essere (in parte) rinnovata e si conclude con una nuova aggiudicazione che può essere (ovviamente) impugnata da tutte le imprese partecipanti che hanno interesse e quindi anche dalla impresa che in un primo momento era stata (illegittimamente) esclusa e poi, dopo la riammissione, era risultata comunque non aggiudicataria.

L'impresa non aggiudicataria può censurare sia le valutazioni che hanno condotto all'aggiudicazione della gara in favore dell'altra impresa, sia sostenere l'erronea valutazione della propria offerta (tecnica o economica). Può poi censurare la correttezza della procedura

seguita o può chiedere l'esclusione della impresa aggiudicataria per vizi riguardanti la sua ammissione alla gara.

20.3.- Se tuttavia l'impresa non aggiudicataria, come nella fattispecie in esame, ha già proposto un precedente ricorso avverso la sua esclusione dalla gara (e la conseguente aggiudicazione della stessa ad altra impresa), contestando anche l'ammissione alla gara della aggiudicataria, si deve ritenere che la non aggiudicataria possa impugnare, a conclusione della gara, gli atti ulteriori della procedura, e la nuova aggiudicazione conseguente alla parziale rinnovazione della gara, per vizi propri delle nuove fasi del procedimento, ma non possa anche riproporre questioni che erano state oggetto del precedente giudizio e sulle quali si è formato il giudicato.

20.4.- L'impresa che ha già fatto ricorso al giudice amministrativo che si è pronunciato con una sentenza passata in giudicato -- a differenza delle altre (eventuali) imprese non aggiudicatarie che possono sollevare nel giudizio avverso la nuova aggiudicazione qualsiasi motivo (di carattere sostanziale o procedurale, riguardante anche l'ammissione alla procedura dell'aggiudicataria) -- non può quindi riproporre nel nuovo giudizio vizi riguardanti la precedente fase della gara che sono stati oggetto di un precedente giudizio e sui quali si è formato il giudicato.

21.- Analoghe considerazioni possono essere fatte per l'impresa che, in quanto aggiudicataria e resistente in un precedente giudizio, ha proposto in tale giudizio un ricorso incidentale nei confronti dell'impresa esclusa e ricorrente contestandone, per altri profili non considerati dall'amministrazione, i requisiti di ammissione.

22.- Facendo applicazione di tali principi, sono stati quindi prima dichiarati inammissibili, in quanto riguardanti questioni coperte dal giudicato fra le stesse parti, alcuni dei motivi dell'appello incidentale di CONSIS.

23.- Sempre facendo applicazione di tali principi, il T.A.R. di Lecce, considerato che la questione riguardante la mancata esclusione dalla gara di CONSIS, per la violazione dell'art. 4 del Disciplinare di gara, era stata oggetto del primo giudizio, ha ritenuto che la stessa

questione non poteva essere riproposta nel nuovo giudizio, per essersi formato sul punto il giudicato.

24.- GPI, come si è già su ricordato, sostiene peraltro che, nel grado di appello del precedente giudizio, la questione non era stata definita, essendo stati dichiarati assorbiti, nella sentenza di appello di questa Sezione n. 2295 del 13 aprile 2011, gli altri motivi oggetto del ricorso.

Occorre quindi chiarire il valore da dare all'assorbimento in appello dei motivi che sono stati esaminati e respinti dal T.A.R. in primo grado.

24.1.- Al riguardo si deve ricordare che, per principio generale, la sentenza di secondo grado assorbe e sostituisce quella di primo grado, con la conseguenza che la portata della decisione di appello va desunta dai limiti entro i quali il giudice di secondo grado si è pronunciato sulla questione a lui sottoposta.

Se il giudice di appello ha ritenuto di poter decidere il caso a lui sottoposto per un motivo ritenuto assorbente, ed ha quindi dichiarato l'assorbimento di una o più delle altre questioni sollevate, sulla questione assorbita, anche se sulla stessa si era pronunciato il giudice di primo grado, non può ritenersi si sia avuta una decisione sul merito ma solo una omessa pronuncia o se si vuole una pronuncia dichiarativa nel senso dell'assorbimento (ossia della irrilevanza della questione ai fini della decisione che il giudice di ultima istanza sta assumendo).

24.2.- E' stato quindi affermato che la questione dichiarata assorbita in una sentenza di appello passata in giudicato non può considerarsi decisa e la stessa può essere riproposta, ovviamente se nei termini, in separato nuovo giudizio (Cassazione civile, Sez. I, n. 11798 del 27 maggio 2011).

24.3.- Sulla base di tali considerazioni le censure che erano state proposte da GPI avverso l'ammissione alla gara di CONSIG, per la violazione delle disposizioni che non consentivano la partecipazione alla gara di imprese sovrabbondanti, non possono ritenersi coperte da una espressa decisione (sul merito delle stesse) passata in giudicato.

25.- Si pone a questo punto però il problema della tempestività della riproposizione nel nuovo giudizio di tali censure.

Si è infatti prima ricordato che, nel ricorso che era stato proposto da GPI avverso la sua esclusione dalla gara e contro l'aggiudicazione della stessa a CONSYS, erano stati oggetto del giudizio non solo l'esclusione di GPI ma anche l'ammissione di CONSYS e, per effetto del ricorso incidentale di CONSYS, anche gli altri requisiti di ammissione di GPI.

A seguito della riammissione alla gara di GPI e alla rinnovazione di parte della procedura, la gara, come si è detto, era stata nuovamente aggiudicata a CONSYS senza che venissero ulteriormente valutati i suoi requisiti di ammissione.

25.1.- Ciò precisato, si deve ritenere che tutte le questioni che erano state oggetto del precedente ricorso di GPI non avrebbero potuto essere nuovamente proposte nel (secondo) ricorso riguardante la nuova aggiudicazione a CONSYS della gara.

Avverso la nuova aggiudicazione GPI poteva infatti sollevare (come ha fatto) questioni riguardanti le fasi del procedimento che erano state rinnovate a seguito della sua riammissione alla gara ma non poteva (di nuovo) proporre questioni, come quella riguardante l'ammissione alla gara di CONSYS, che doveva proporre (ed aveva proposto) nel precedente giudizio.

25.2.- Si è infatti prima ricordato che l'impresa che ha già fatto ricorso al giudice amministrativo che si è pronunciato con una sentenza passata in giudicato -- a differenza delle altre (eventuali) imprese non aggiudicatrici che possono sollevare nel giudizio avverso la nuova aggiudicazione qualsiasi motivo (di carattere sostanziale o procedurale, riguardante anche l'ammissione alla procedura dell'aggiudicatario) -- non può riproporre nel nuovo giudizio vizi riguardanti la precedente fase della gara (compreso le valutazioni sull'ammissione alla gara delle partecipanti) che sono stati oggetto di un precedente giudizio, riguardante anche le precedenti fasi della ammissione o della esclusione di imprese.

Una volta che l'ammissione di una impresa e l'esclusione di un'altra impresa hanno assunto rilevanza esterna è contro tali atti che possono (e devono) essere fatti valere gli eventuali vizi che riguardano tali fasi del procedimento di gara.

25.3.- GPI, impugnando il nuovo atto di aggiudicazione, non avrebbe potuto quindi essere riammessa in termini sulla questione della ammissione di CONSYS alla gara, trattandosi di

questione già conosciuta e sulla quale aveva già chiesto una verifica sulla sua legittimità nel precedente ricorso passato in giudicato.

26.- Tuttavia, nella fattispecie, le censure che erano state proposte da GPI avverso l'ammissione alla gara di CONSYS, per la violazione delle disposizioni che non consentivano la partecipazione alla gara di imprese sovrabbondanti, come si è prima ricordato, non potevano ritenersi coperte da una espressa decisione (sul merito delle stesse) passata in giudicato.

Si deve quindi ritenere, per tale ragione, che le stesse censure potevano essere riproposte nel nuovo giudizio riguardante la nuova aggiudicazione a CONSYS della gara.

Con la conseguenza che, nella fattispecie, la posizione di GPI non può ritenersi diversa da quella di un'impresa (non esclusa dalla gara) che, impugnando l'atto di aggiudicazione, fa valere in quell'occasione gli eventuali vizi riguardanti l'ammissione alla gara dell'impresa risultata aggiudicataria.

27.- Sostiene dunque GPI, con diverse censure, che CONSYS doveva essere escluso dalla gara per la violazione della regola posta dall'art. 4 del disciplinare, secondo cui non è ammessa la partecipazione in RTI di Imprese in grado di soddisfare da sole i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica.

28.- Prima di esaminare il merito delle censure si deve ricordare che, nel suo appello incidentale, CONSYS ha sostenuto (anche) l'illegittimità di tale disposizione, che costituirebbe un vulnus alla libertà di impresa ed ai principi elaborati in sede comunitaria in materia di raggruppamenti temporanei di imprese, aggiungendo che tali limitazioni non possono certo essere imposte da una pubblica amministrazione ma al massimo possono essere previste a livello legislativo.

28.1.- A prescindere da ogni questione sulla possibile tardività del motivo (che riguarda una clausola escludente da impugnare normalmente subito dopo la pubblicazione del bando e del disciplinare di gara), il motivo stesso risulta comunque infondato.



28.2.- Questa Sezione ha infatti di recente affermato che la legittimità della scelta di limitare a priori la facoltà delle imprese di associarsi in ATI per ragioni antitrust, non può che essere valutata in concreto, con riferimento alla diverse fattispecie, dovendosi ritenere che la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere imprese sovrabbondanti alle gare resta soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia con riguardo all'oggetto dell'appalto, sia con riferimento alla utilità pubblica sperata, con la conseguenza che tale scelta può ritenersi illegittima solo se non risponde ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 3402 dell'11 giugno 2012).

28.3.- Considerato che, nella fattispecie, CONSIGIS ha contestato solo in astratto la legittimità della clausola, non evidenziando le possibili ragioni di una sua irragionevolezza in concreto, la censura deve ritenersi quindi infondata.

29.- Può essere quindi ora esaminata la censura, sollevata da GPI, di violazione della regola posta dall'art. 4 del disciplinare di gara.

Tale disposizione stabilisce che «conformemente alle segnalazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS251 del 30/01/2003 (bollettino n. 5/2003) e S536 del 18/01/2005 e in ragione della ratio riconosciuta all'istituto del R.T.I., da individuarsi nell'ampliamento del novero dei partecipanti alla gara, non è ammessa la partecipazione in R.T.I. di due o più imprese che – anche avvalendosi di società terze secondo le modalità di seguito riportate – siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione, pena l'esclusione dalla gara del R.T.I. così composto».

Si deve quindi ricordare che, ai sensi del Punto III.2.2 del Bando, la Capacità economica e finanziaria era rappresentata dall'aver conseguito nell'ultimo triennio, fino alla data di scadenza di gara, un fatturato globale di impresa effettuato nel settore oggetto dell'appalto pari ad almeno € 25 milioni (IVA esclusa).

Ai sensi del successivo punto III.2.3, la capacità tecnica era soddisfatta con l'aver conseguito, nello stesso triennio antecedente, un fatturato complessivo non inferiore a 16 milioni di euro (IVA esclusa) «riferito a servizi analoghi a quelli del presente appalto, effettuati nei confronti di Aziende Sanitarie Pubbliche (ASL, A.O., I.R.C.C.S.) e/o private accreditate».

29.1.- Per effetto della disposizione contenuta nell'art. 4 del disciplinare non poteva quindi essere ammessa la partecipazione alla gara in R.T.I. di due o più imprese in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici (fatturato globale nel settore oggetto dell'appalto pari ad almeno € 25 milioni, IVA esclusa) e tecnici di partecipazione (fatturato non inferiore a 16 milioni di euro, IVA esclusa), per servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, effettuati nei confronti di Aziende Sanitarie Pubbliche (ASL, A.O., I.R.C.C.S.) e/o private accreditate.

30.- Per comprendere la portata della disposizione si deve anche precisare che l'oggetto dell'appalto è indicato nella Sezione II del Bando di gara e consiste nella progettazione, realizzazione, gestione e manutenzione del sistema informativo automatizzato della U.S.L. di Taranto e nella gestione di servizi CUP.

Come si evince dal punto II.1.6 del Bando (vocabolario comune degli appalti), l'oggetto principale dell'appalto consiste in servizi informatici: consulenza, sviluppo di software, Internet e supporto (voce 72000000-5) mentre oggetti complementari sono la fornitura di Servizi di assistenza informatica, la fornitura di apparecchiature informatiche e di software.

L'oggetto in concreto dell'appalto è poi desumibile dagli altri documenti di gara e le singole prestazioni richieste sono dettagliatamente elencate nella scheda predisposta per la presentazione dell'offerta economica (allegato D del Disciplinare di gara) che divide le varie componenti in diverse voci raggruppate in sette sottosistemi: informatico; informativo (per le aree amministrativo contabile e per l'area sanitaria); gestione dei servizi di medicina di laboratorio; supporto decisionale; sicurezza e privacy; integrazione e repository clinico; gruppo tecnico di gestione.

31.- Per partecipare alla gara le imprese dovevano essere quindi in possesso del requisito economico di un fatturato, nel settore oggetto dell'appalto (e quindi per la realizzazione e gestione degli indicati servizi informatici), pari ad almeno € 25 milioni (IVA esclusa) nel triennio antecedente la gara e di un requisito tecnico rappresentato da un fatturato non inferiore a 16 milioni di euro, IVA esclusa, per servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, effettuati nei confronti di Aziende Sanitarie Pubbliche (ASL, A.O., I.R.C.C.S.) e/o private accreditate.

32.- Per completare il quadro di riferimento occorre anche ricordare che il responsabile del procedimento, con il chiarimento n. 5 del 20 gennaio 2009, ha affermato che la nozione di fatturato per servizi analoghi doveva ritenersi estesa anche ai servizi fatturati alla Regione e/o a società miste.

Con successivo chiarimento n. 6 del 23 gennaio 2009 (prima del termine per la presentazione delle offerte), ha poi anche affermato che la disposizione dettata dall'art. 4 del disciplinare andava riferita alle competenze in termini di soluzioni applicative per ricoprire la totalità delle richieste formulate dal disciplinare tecnico.

33.- Secondo GPI dunque tre imprese nel raggruppamento CONSYS erano in possesso singolarmente dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica, e cioè: la Engineering Ingegneria Informatica S.p.a.; la stessa CONSYS, Società consortile a responsabilità limitata, e la Svimservice S.p.a.

33.1.- Considerato che la norma del disciplinare deve essere intesa nel senso di precludere la partecipazione in RTI di Imprese, qualora almeno due di esse fossero state in possesso singolarmente dei requisiti di capacità economica e tecnica, e visto che risulta incontestata l'autosufficienza della società Engineering Ingegneria Informatica, occorre quindi esaminare le questioni poste sull'autonomo possesso dei requisiti di capacità economica e tecnica da parte del Consorzio stabile CONSYS e di Svimservice.

34.- Afferma GPI che, essendo CONSYS un Consorzio stabile, ai sensi dell'art. 34, lett. d), del d. lgs. n. 163 del 2006, i requisiti di capacità economica e tecnica devono essere valutati con

riferimento a tutte le imprese che hanno dato vita al consorzio mentre, nella fattispecie, CONSYS ha indicato solo la somma dei fatturati conseguiti dalle due imprese – Sincon S.r.l. e Sepi S.r.l. – designate per l'esecuzione dell'appalto.

La censura è infondata.

Come giustamente sostenuto da CONSYS nei suoi scritti difensivi (e come era stato già ritenuto dal T.A.R. di Lecce nella sua prima sentenza sulla questione), il bando di gara (ai punti III.2.2 e III.2.3) ha previsto che i requisiti speciali di capacità economica e tecnica debbono essere posseduti, se trattasi di Consorzio, «cumulativamente dalle società consorziate designate per l'esecuzione dell'appalto». Il bando, in particolare, non distingue fra consorzi stabili e consorzi ordinari e tale disposizione risulta coerente sia con l'art. 36, comma 5 del d. lgs. n. 163 del 2006, secondo cui «i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre», sia con il successivo comma 7 dell'art. 36 del Codice dei contratti e con l'art. 277, commi 2 e 3, del Regolamento attuativo, secondo cui il consorzio stabile si qualifica con i requisiti tecnici ed economici (fra i quali il fatturato specifico) dei «soli consorziati esecutori» (fatta eccezione per la disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera).

Considerato che, come è pacifico, le due imprese – Sincon S.r.l. e Sepi S.r.l. – designate per l'esecuzione dell'appalto non avevano (da sole) la capacità tecnica per poter partecipare alla gara, il consorzio CONSYS non avrebbe potuto da solo partecipare alla gara. Ne consegue che la censura (sollevata da GPI con il quarto motivo di appello) risulta infondata.

35.- Sostiene poi GPI, con tre motivi di appello, che Svimservice, oltre ad avere un fatturato globale complessivo nel triennio superiore a 62 milioni di euro (ampiamente quindi al di sopra della soglia richiesta), aveva anche, come si evince da diversi elementi probatori, un fatturato specifico in servizi analoghi superiore a 16 milioni di euro nel triennio 2006/2008.

In particolare, GPI ha depositato documentazione raccolta presso numerose ASL e una perizia di parte, resa dal dr. Maurizio Renna, che dimostrerebbe un fatturato per servizi resi nei confronti di aziende sanitarie pubbliche e/o private accreditate non inferiore nel triennio di

riferimento ad euro 19.051.366,89, considerando i ricavi di competenza, ovvero di euro 18.548.952,28, considerando la somma degli importi delle fatture emesse nel periodo. Aggiunge GPI che se si tenesse conto anche dai servizi resi da Svimservice nei confronti della Regione, di soggetti privati e di altre ASL che non hanno acconsentito all'accesso il risultato sarebbe ancora più consistente e si avvicinerebbe al fatturato complessivo dell'impresa pari a circa 62 milioni di euro.

35.1.- Sul punto CONSYS ha replicato sostenendo l'inammissibilità per genericità della censura, che si fonda su dati desunti da mandati di pagamento e delibere di singole aziende sanitarie (peraltro per attività rese alla Regione e da questa in parte girate alle ASL) dalle quali non è possibile ricavare l'oggetto e la tipologia del servizio reso.

Aggiunge CONSYS che, come già affermato dal T.A.R. per la Puglia, non possono essere considerati servizi analoghi quelli resi alla Regione Puglia (per l'elaborazione di una piattaforma informatica) e da questa messa a disposizione delle strutture sanitarie interessate.

CONSYS infine sottolinea che molte dei documenti indicati nella perizia non hanno ad oggetto servizi analoghi (e non possono essere quindi presi in considerazione).

Ciò vale per i servizi resi alla ASL di Foggia (per € 1.450.334,97) non essendovi causale nelle fatture né una delibera di riferimento. Inoltre, aggiunge CONSYS, il perito della GPI ha erroneamente considerato anche il fatturato relativo al mese di gennaio 2009 non riferibile al triennio di gara. Infine, secondo CONSYS, molte delle prestazioni incluse nella citata perizia devono ritenersi invece estranee all'oggetto della gara, come la gestione dei servizi meccanografici CAF della Provincia di Brindisi; il Piano regionale prevenzione (delibere 402/2009 e 3126/2009 della ASL di Brindisi), le numerose prestazioni riguardanti l'obliterazione delle ricette farmaceutiche, la collaborazione nel rilascio certificazione esenzione spesa sanitaria (delibera n. 1835/2008).

36.- Al riguardo questo Collegio ritiene sin da ora di dover osservare che, per una corretta modalità del calcolo del fatturato (ai fini che interessano), si deve tener conto dei valori di competenza e non di quelli per cassa, con la conseguenza che non può darsi rilievo al solo

pagamento delle fatture in un certo arco temporale ma occorre anche chiarire il periodo al quale le stesse si riferiscono e far riferimento solo a quelle che, anche se emesse e pagate successivamente, si riferiscono al periodo in questione.

37.- Si deve poi osservare che il fatturato doveva essere reso “per servizi analoghi” a quelli oggetto dell’appalto e quindi per attività comportanti una corrispondenza, anche parziale (non solo dal punto di vista soggettivo), fra il servizio già effettuato e quello oggetto della gara. Deve quindi escludersi che per servizi analoghi le disposizioni di gara intendessero riferirsi alla semplice esecuzione di attività informatiche svolte in favore dei predetti soggetti pubblici e privati operanti nel settore sanitario.

37.1.- Sulla base di tale considerazione non appaiono utili ai fini della determinazione della capacità tecnica di Swimservice quelle attività che risultano prive di tale corrispondenza (e che non possono considerarsi quindi analoghe), come la gestione dei servizi meccanografici CAF della Provincia di Brindisi.

38.- Non si possono invece non considerare (come precisato dal Responsabile del procedimento nel chiarimento n. 5) i servizi resi anche in favore della Regione o delle società miste, purché naturalmente analoghi a quelli oggetto della gara (e quindi riguardanti la gestione dei servizi informatici e dei CUP delle Aziende sanitarie pubbliche ovvero di strutture private accreditate che erogano prestazioni sanitarie per conto del S.S.N.).

Tale chiarimento, tenuto conto delle funzioni esercitate in materia dalle Regioni (e che possono svolgere anche società miste) deve infatti ritenersi coerente con l’oggetto della gara.

In conseguenza non può essere condivisa la tesi, affermata sul punto dal T.A.R. per la Puglia nella sua prima decisione, secondo cui la clausola deve essere interpretata rigorosamente avendo la sua giustificazione «nella peculiarità e complessità delle prestazioni oggetto dell’appalto».

39.- Tutto ciò premesso rileva il Collegio che i dati forniti da GPI, per affermare l’avvenuto superamento da parte di Swimservice del fatturato riguardante i servizi analoghi nel triennio antecedente la gara, risultano in parte sicuramente errati, perché fanno riferimento ad attività

di Swinservice per servizi che (come per la gestione dei servizi meccanografici CAF della Provincia di Brindisi), benché svolti in favore di Regione o ASL, non possono considerarsi analoghi ai servizi oggetto della gara in questione, ed in parte sono anche erronei, come eccepito da CONSIG, laddove includono nel triennio di riferimento non solo il mese di gennaio 2006 ma anche il mese di gennaio 2009, con la conseguenza che i mesi totali presi in considerazione non sono 36 ma 37.

39.1.- I dati sono poi talvolta generici, mancando per parte della documentazione e delle fatture depositate, chiare indicazioni sulle causali e sui periodi di riferimento, In particolare, come eccepito da CONSIG, per i servizi resi alla ASL di Foggia (per € 1.450.334,97).

39.2.- Ciò non consente alla Sezione di poter, allo stato degli atti, trarre sicuri elementi sulla fondatezza delle censure sollevate sul punto.

40.- Considerato tuttavia che GPI, per provare la fondatezza delle sue censure, aveva (obiettivamente) non irrilevanti difficoltà, tenuto conto che i relativi dati erano in possesso di diversi soggetti non sempre disponibili nel fornire risposte adeguate; che ciò nonostante GPI ha fornito un principio di prova (depositando anche una perizia) sul possibile superamento, da parte della Swinservice, della soglia dei 16 milioni di euro di fatturato nel triennio precedente la gara; ritenuto che gran parte dei dati forniti (anche se talvolta assunti da documentazione incompleta o generica) sembrano comunque effettivamente riguardare prestazioni “analoghe” a quelle oggetto dell’appalto; ritenuto che, pur escludendo dai calcoli effettuati da GPI alcune voci sicuramente errate, comunque sulla base dei dati forniti non si può escludere che effettivamente Swinservice abbia effettuato nel periodo di riferimento servizi analoghi, per un importo complessivo eccedente la soglia dei 16 milioni di euro di fatturato, ritiene la Sezione necessario, ai fini del decidere, disporre sul punto una apposita verifica, ai sensi dell’art. 66 del c.p.a.

40.1- Dell’incombente è incaricato il Direttore Generale p.t., della Direzione generale del sistema informativo e statistico sanitario del Dipartimento della programmazione e dell’ordinamento del Servizio sanitario nazionale del Ministero della Salute che dovrà

provvedere, anche avvalendosi dell'opera di un dirigente del suo ufficio, a verificare, sulla base dei dati forniti da GPI nel suo appello e nella sua perizia, il fatturato effettivo di Swimservice, nel triennio precedente la gara, per servizi analoghi a quelli oggetto della gara medesima.

40.2.- L'organo verificatore dovrà operare, acquisendo i dati e la relativa documentazione dalle singole ASL della Regione Puglia e della Regione Campania, indicate nell'atto di appello e nella perizia della GPI, nonché dalla Regione Puglia, e dovrà depositare, al compimento dell'incarico, una apposita relazione nella quale dovranno essere indicate, per ogni singola ASL, gli importi e le causali dei servizi "analoghi" a quelli oggetto dell'appalto in questione (con indicazione del relativo atto autorizzativo), nonché la somma complessiva per ciascun anno e il totale nel triennio dei suddetti importi.

Nella relazione i valori dovranno essere indicati secondo criteri di competenza e non di cassa (punto 36 della presente decisione).

Nel suo operato l'organo verificatore dovrà tenere conto che, come già precisato, il fatturato doveva essere reso "per servizi analoghi" a quelli oggetto dell'appalto (punto 37 della presente decisione) e quindi per attività comportanti una corrispondenza, anche parziale (non solo dal punto di vista soggettivo), fra il servizio già effettuato e quello oggetto della gara.

Per quanto riguarda l'oggetto dell'appalto l'organo verificatore dovrà fare riferimento alle disposizioni ed ai documenti di gara (punto 30 della presente decisione).

L'organo verificatore dovrà anche indicare separatamente, trasmettendo a questa Sezione la relativa documentazione, quei servizi resi da Swimservice per i quali può esservi un ragionevole dubbio se debbano essere considerati analoghi a quelli oggetto dell'appalto.

40.3.- All'incombente l'organo verificatore dovrà provvedere nel termine di 120 giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa, se anteriore, della presente decisione.

40.4.- All'organo verificatore spetta un compenso, ai sensi dell'art. 66, comma 4, del c.p.a., che sarà determinato con la sentenza con la quale sarà definito il giudizio.



Un anticipo sul detto compenso deve essere corrisposto, con onere posto provvisoriamente a carico di GPI, nella misura indicata in dispositivo.

41.- Sebbene l'esito dell'appello potrebbe dipendere dalle risultanze della indicata verifica, la Sezione ritiene, per completezza, di dover ora esaminare anche le ulteriori censure sollevate da GPI avverso la sentenza del T.A.R. di Lecce.

GPI ha sostenuto l'erroneità di tale sentenza (anche) per aver respinto il motivo con il quale aveva lamentato la violazione ed elusione del giudicato formatosi sulla precedente sentenza di questa Sezione nella parte riguardante la formulazione del giudizio tecnico.

Il motivo non è fondato.

Come è stato affermato dal giudice di primo grado, l'identità di talune espressioni letterali (rispetto alle valutazioni compiute quando l'offerta era stata esaminata la prima volta) o l'attribuzione del medesimo punteggio per i sottosistemi di valutazione non può considerarsi motivo di illegittimità della valutazione, in quanto, *«trattandosi di giudizi tecnici complessi, è pressoché normale che si adoperino le stesse formulazioni e si ripetano nozioni già contenute nei precedenti verbali, essendo fuor di luogo ritenere che la Commissione dovesse non tener conto di quanto già in precedenza considerato, ovvero sostituire giocoforza il punteggio numerico assegnato»*.

Se è vero che questa Sezione, nella sentenza n. 2295 del 13 aprile 2011, aveva ritenuto (anche) incongrua l'assegnazione a GPI di punteggi di poco inferiori alla sufficienza, nonostante l'utilizzo di espressioni che denotavano un favorevole apprezzamento delle diverse voci dell'offerta tecnica, quali buono, sufficiente, accurato, adeguato, tuttavia si deve concordare con il giudice di primo grado nel rilevare che la Commissione, nella sua nuova valutazione, ha anche precisato che la qualificazione in termini di buono o adeguato di alcune caratteristiche dei sistemi e degli applicativi (sub-criterio A2) e del piano di startup (sub-criterio A3) era dettata dalla conformità col disciplinare, «mentre restavano comunque confermate l'inadeguatezza dell'applicativo LAB 2000 e del sistema DOS proposti, datati e

fuori produzione, e la carente valutazione sotto molti profili di tutti gli elementi del sub-criterio A4».

Sulla base di tali elementi e delle altre considerazioni formulate dalla Commissione, che sono espressione di discrezionalità tecnica, ritiene la Sezione che non vi sono elementi per ritenere illegittimo il punteggio assegnato dalla stessa Commissione all'offerta di GPI.

42.- In via ulteriormente gradata GPI ha censurato infine il mancato accoglimento della settima censura sulla modalità di conservazione delle offerte (non rinvenibili nel verbale di apertura del 28 luglio 2011).

Sul punto tuttavia, la Sezione ha altre volte espresso l'avviso, dal quale il Collegio non ravvisa motivo di discostarsi, che la mancata verbalizzazione delle modalità di custodia non sia motivo di illegittimità se la censura non sia sorretta da allegazione che si sia verificata una manomissione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 13 maggio 2011 n. 2908, 22 agosto 2012 n. 4592). E nella fattispecie non risulta contestato che in sede di apertura delle offerte era stata manifestata a tutti i presenti l'integrità delle stesse.

43.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, deve essere respinto l'appello incidentale di Consis, deve essere parzialmente respinto l'appello principale proposto da GPI e deve essere disposta apposita verifica, nei sensi che si sono su indicati.

Ogni altra determinazione, anche sulle spese e competenze di giudizio, è rinviata all'esito di tale incumbente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

respinge l'appello incidentale di Consis Società Consortile a responsabilità limitata, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. formato da Svimservice S.p.a., Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., Sds S.r.l.;

respinge in parte l'appello principale proposto da GPI S.p.a. in proprio e quale Capogruppo del R.T.I. formato da Argentea S.p.a., I & T Servizi S.r.l., Informatica e Tecnologia S.r.l., Sysline S.p.a;

dispone, ai sensi dell'art. 66 del c.p.a., apposita verifica, nei sensi di cui in motivazione, ed incarica dell'incombente il Direttore Generale p.t., della Direzione generale del sistema informativo e statistico sanitario del Dipartimento della programmazione e dell'ordinamento del Servizio sanitario nazionale del Ministero della Salute che vi dovrà provvedere, anche avvalendosi di un dirigente del suo ufficio, nel termine di 120 giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa, se anteriore, della presente decisione;

dispone che venga corrisposto all'organo verificatore un anticipo sul compenso spettante, nella misura di € 3.000,00 (tremila), con onere posto provvisoriamente a carico dell'appellante principale GPI S.p.a;

rinvia alla sentenza che definisce il giudizio ogni altra determinazione, anche sulle spese e competenze di causa;

rinvia per l'ulteriore trattazione del merito alla Pubblica Udienza del 24 maggio 2013;

dispone che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente sentenza sia comunicata alle parti e all'organo verificatore nella sua sede di Roma, Viale Giorgio Ribotta n. 5, 00144;

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dell'11 maggio e del 26 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)