Pubblicato il 05/02/2019

N. 00094/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00379/2018 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 la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 379 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Istituto di Studi sulle Relazioni Industriali - I.S.R.I., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del RTI con Cles S.r.l., e Cles S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandante del RTI con I.S.R.I., rappresentati e difesi dagli avvocati Pierluigi Piselli, Gianni Marco Di Paolo e Daniele Bracci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianni Marco Di Paolo in Cagliari, corso Vittorio Emanuele II, 1;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mattia Pani e Floriana Isola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso ufficio legale Regione Sardegna in Cagliari, viale Trento 69;

nei confronti

Kpmg Advisory S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Terracciano, Vincenzo Barrasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Debora Urru in 44, via Farina;

Cogea S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione n. 93 prot. n. 1885 del 13.4.18 adottata dalla Regione Autonoma Sardegna e concernente l'aggiudicazione della procedura aperta informatizzata per l'affidamento del "servizio di assistenza tecnica per l'attuazione del P.O Sardegna 2014-2020 – Lotto 3 - Assistenza tecnica a supporto dell'Autorità di gestione per l'attuazione del POR FSE 2014-2020 della Regione Autonoma della Sardegna - CIG 68899674A2 - CUP E71H16000160009", comunicata a mezzo pec in data 13.4.18;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, del punto 9 del disciplinare di gara, nella misura in cui venga interpretato nel senso di permettere al RUP di discostarsi immotivatamente dal criterio logico-giuridico seguito dalla Commissione giudicatrice e confermato dall'ANAC in sede di vigilanza collaborativa per la valutazione di congruità dell'offerta;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, dei punti 3 e 4 del disciplinare di gara, nella misura in cui vengano interpretati nel senso di consentire ad un'impresa non in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti in misura maggioritaria di prendere parte alla gara come mandataria di un RTI;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, del punto 5 del disciplinare di gara, nella

misura in cui vengano interpretati nel senso di permettere di avvalersi di una risorsa professionale oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, del punto 5 del disciplinare di gara nella misura in cui vengano interpretati nel senso di ammettere un avvalimento fondato su un contratto assolutamente generico oltre che nullo;
- di tutti gli atti endoprocedimentali compiuti dalla Stazione appaltante e dagli organi di essa relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con particolare riferimento alla relazione di anomalia compiuta dal RUP in data 13.4.18;
- ove occorra, di tutti gli atti endoprocedimentali compiuti dalla Commissione giudicatrice relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- ove occorra, di tutti i verbali di gara, anche di quelli ignoti e non ostesi in sede di riscontro all'istanza di accesso formulata dall'odierno ricorrente, con particolare riferimento ai verbali relativi alla valutazione dell'offerta tecnica;
- dell'ammissione del RTI aggiudicatario, come disposta nella determinazione prot. n. 12577 del 7.3.17;
- del parziale diniego formatosi sull'istanza di accesso agli atti, ex artt. 22 e ss., L. n. 241/90, presentata dal ricorrente in data 13.4.18;
- dell'eventuale contratto medio tempore stipulato e della relativa determina di autorizzazione alla stipula, ad oggi non conosciuti;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dal ricorrente;

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro, per l'intera

durata dell'affidamento posto in gara, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva e anche in sede cautelare, del contratto, qualora stipulato con la controinteressata;

nonchè per l'accertamento ex art. 116 c.p.a.

del diritto di accesso vantato dal ricorrente a visionare ed estrarre copia degli atti meglio individuati nel corpo dell'atto e conseguente condanna dell'Amministrazione resistente a ostendere e rilasciare copia della documentazione richiesta.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti

per l'annullamento

dei medesimi provvedimenti gravati nel ricorso principale, con particolare riferimento:

- della determinazione n. 93 prot. n. 1885 del 13.4.18 adottata dalla Regione Autonoma Sardegna e concernente l'aggiudicazione della procedura aperta informatizzata per l'affidamento del “servizio di assistenza tecnica per l'attuazione del P.O Sardegna 2014-2020 – Lotto 3 - Assistenza tecnica a supporto dell'Autorità di gestione per l'attuazione del POR FSE 2014-2020 della Regione Autonoma della Sardegna - CIG 68899674A2 - CUP E71H16000160009”, comunicata a mezzo pec in data 13.4.18;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, del punto 9 del disciplinare di gara, nella misura in cui venga interpretato nel senso di permettere al RUP di discostarsi immotivatamente dal criterio logico-giuridico seguito dalla Commissione giudicatrice e confermato dall'ANAC in sede di vigilanza collaborativa per la valutazione di congruità dell'offerta;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, dei punti 3 e 4 del disciplinare di gara, nella misura in cui vengano interpretati nel senso di consentire ad un'impresa non in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti in

misura maggioritaria di prendere parte alla gara come mandataria di un RTI;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, del punto 5 del disciplinare di gara, nella misura in cui vengano interpretati nel senso di permettere di avvalersi di una risorsa professionale oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica;

- ove occorra, della lex specialis di gara, comprensiva degli eventuali chiarimenti e, in particolare, del punto 5 del disciplinare di gara nella misura in cui vengano interpretati nel senso di ammettere un avvalimento fondato su un contratto assolutamente generico oltre che nullo;

- di tutti gli atti endoprocedimentali compiuti dalla Stazione appaltante e dagli organi di essa relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con particolare riferimento alla relazione di anomalia compiuta dal RUP in data 13.4.18;

- ove occorra, di tutti gli atti endoprocedimentali compiuti dalla Commissione giudicatrice relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

- ove occorra, di tutti i verbali di gara, anche di quelli ignoti e non ostesi in sede di riscontro all'istanza di accesso formulata dall'odierno ricorrente, con particolare riferimento ai verbali relativi alla valutazione dell'offerta tecnica;

- dell'ammissione del RTI aggiudicatario, come disposta nella determinazione prot. n. 12577 del 7.3.17;

- di ogni ulteriore nota, verbale o atto comunque denominato non conosciuto e/o indicato nel prosieguo del presente atto, comprensivo dell'eventuale provvedimento di adozione dell'aggiudicazione definitiva efficace, anche se ignoto negli estremi e mai comunicato;

- dell'eventuale contratto medio tempore stipulato e della relativa determina di autorizzazione alla stipula, ad oggi non conosciuti;

- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dal ricorrente

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro, per l'intera durata dell'affidamento posto in gara, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva e anche in sede cautelare, del contratto, qualora stipulato con la controinteressata.

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

visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna e di Kpmg Advisory S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2018 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente RTI composto dall'Istituto di Studi sulle Relazioni Industriali - I.S.R.I. e dalla società Cles ha partecipato alla procedura aperta informatizzata indetta dalla Regione Autonoma della Sardegna per l'assistenza "tecnica a supporto dell'Autorità di gestione per l'attuazione del POR FSE 2014-2020 della Regione Autonoma della Sardegna", da aggiudicarsi secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo pari a € 2.357.000,00.

L'affidamento rientrava in quelle procedure contemplate nel Protocollo di vigilanza collaborativa stipulato tra la Regione e l'ANAC, ai sensi del quale formavano oggetto di verifica preventiva, tra gli altri atti, anche i verbali del subprocedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse.

Nel corso delle operazioni di selezione del contraente, il RTI ricorrente inoltrava una prima richiesta di accesso agli atti, a fronte della quale la Regione Autonoma della Sardegna si determinava, in data 20.7.17, nel senso di differire l'intero accesso ad un momento successivo l'aggiudicazione.

Dopo l'apertura e la valutazione dell'offerta tecnica ed economica dei partecipanti alla gara, la Commissione giudicatrice redigeva la graduatoria che vedeva collocarsi al primo posto la controinteressata Kpmg Advisory mandataria di RTI con Cogea S.r.l..

La Commissione giudicatrice riteneva opportuno chiedere chiarimenti in ordine alle voci di costo indicate dall'offerente, con particolare riguardo alle spese per il personale e alle spese generali.

All'esito del sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, la Commissione valutava come incongrua l'offerta presentata dal RTI controinteressato, sotto il profilo delle manifeste incongruità caratterizzanti i costi del personale e le spese generali indicati dall'offerente.

Il RUP, invece, giungeva a differente conclusione giudicando congrua l'offerta presentata dal RTI con mandataria Kpmg Advisory S.p.a.

In data 13.4.18, con determina n. 93 prot. n. 1885, la Stazione appaltante aggiudicava quindi l'appalto al RTI Kpmg Advisory S.p.a..

Avverso tutti gli atti indicati in epigrafe è insorto il ricorrente deducendo le seguenti articolate censure:

1) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 18 e 69, direttiva 2014/24/UE, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, 26, 30 e 97, d.lgs. n. 50/16, violazione e/o falsa applicazione dei principi di concorrenza, trasparenza e tutela del lavoro, violazione e/o falsa applicazione del decreto direttoriale del ministero del lavoro n. 303 del 18.10.10, violazione e/o falsa applicazione del punto 9 del disciplinare di gara, illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifeste, difetto di istruttoria e contraddittorietà, sviamento di potere;

2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 69, dir. 2014/24/UE, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50/16, violazione e/o falsa applicazione del punto 9 del disciplinare di gara, illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifeste, difetto di istruttoria e contraddittorietà, sviamento di potere;

3) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 48 e 89, d.lgs. n. 50/16, violazione e/o falsa applicazione dei punti 3 e 4 del disciplinare di gara, difetto di istruttoria, contraddittorietà, ingiustizia e irragionevolezza manifeste, sviamento di potere;

4) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 89, d.lgs. n. 50/16, violazione e/o falsa applicazione dei punti 3 e 4 del disciplinare di gara, difetto di istruttoria, contraddittorietà, ingiustizia e irragionevolezza manifeste, sviamento di potere;

5) domanda di accertamento del diritto di accesso e conseguente condanna dell'amministrazione resistente ex art. 116, c.p.a. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 22 e ss., L. n. 241/90 e 53, d.lgs. n. 50/16.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si sono costituite l'Amministrazione e la controinteressata contestando puntualmente le argomentazioni del ricorrente e chiedendo il rigetto del ricorso.

In data 24 ottobre 2018 il ricorrente ha depositato atto per motivi aggiunti per l'annullamento dei medesimi atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

In corso di causa la Regione ha trasmesso al ricorrente tutta la documentazione acquisita per il compimento delle verifiche per la comprova dei requisiti di ordine generale e speciale in capo al RTI aggiudicatario.

Con nota prot. n. 5842 del 24.9.18, l'Amministrazione ha riscontrato i solleciti inviati dal RTI ricorrente, trasmettendo parte della

documentazione acquisita per la fase di comprova dei requisiti; più precisamente, venivano inviati:

1) tutti i certificati e gli ulteriori documenti a comprova del possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 80, d.lgs. n. 50/16;

2) la documentazione richiesta dall'art. 8 della lex specialis di gara (e cioè la "copia dei contratti e delle fatture relative ai servizi di cui trattasi conclusi con accettazione della prestazione, comprovata da certificati di regolare esecuzione rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti committenti o documenti probatori equivalenti") per la comprova del requisito di capacità tecnico-professionale prescritto dall'art. 3, lett. e) del disciplinare di gara.

In data 10.10.18, seguiva la trasmissione dei curricula relativi ai componenti del gruppo di lavoro e degli ulteriori documenti richiesti dall'art. 8 del disciplinare di gara per la comprova dei requisiti di capacità tecnico-professionali indicati dall'art. 3, lett. f) della lex specialis.

Il ricorrente chiedeva quindi conferma che quelli trasmessi fossero tutti i documenti acquisiti e utilizzati per il compimento della fase di verifica ex artt. 85 e 86, d.lgs. n. 50/16.

Con nota prot. n. 6339 del 12.10.18, la Regione Autonoma della Sardegna precisava che "in riscontro alla richiesta di accesso agli atti inviati da codesto RTI in data 12 ottobre 2018, si conferma che è stata trasmessa tutta la documentazione acquisita in sede di comprova dei requisiti".

Precisa il ricorrente che l'atto di motivi aggiunti ha la funzione di illustrare ulteriormente l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione gravato.

I nuovi motivi dedotti avverso i provvedimenti impugnati sono i seguenti:

1) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 48, 83, 85 e 86, d.lgs. n. 50/16, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 8 del disciplinare di gara, illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifeste, difetto di istruttoria e contraddittorietà, sviamento di potere;

2) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, comma 5, lett. c), 85 e 86, d.lgs. n. 50/16, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 8 del disciplinare di gara, illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifeste, difetto di istruttoria e contraddittorietà, sviamento di potere;

3) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 85, 86 e 95, d.lgs. n. 50/16, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 6 del disciplinare di gara, dell'art. 6 del capitolato tecnico e dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica indicati nell'allegato c al disciplinare di gara, difetto di istruttoria e contraddittorietà, sviamento di potere.

Alla udienza pubblica del 5 dicembre 2018 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. La complessa vicenda all'attenzione del Collegio deve essere anzitutto ricostruita a partire dalla sintesi delle molteplici censure che il ricorrente muove agli atti impugnati.

1.1. Con il primo motivo il ricorrente argomenta come segue.

Il provvedimento è illegittimo per la manifesta incongruità dell'offerta presentata in gara dal RTI aggiudicatario, così come avevano ritenuto la Commissione giudicatrice e l'ANAC.

Il ricorrente argomenta con ampi svolgimenti sul tema del costo del lavoro nei contratti pubblici e conclude affermando che la Stazione appaltante è obbligata a verificare la congruità del costo del lavoro emergente dall'offerta sottoposta ad anomalia, secondo i criteri desumibili dalle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Tali criteri si rinvengono, anzitutto, nell'art. 30, comma 3, d.lgs. n. 50/16, secondo cui "*Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X*", ma soprattutto nell'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/16, ai sensi del quale "*Per i*

contratti relativi a servizi, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".

Dunque, l'indicazione metodologica dettata dall'art. 23 appena richiamato è chiara nell'imporre alle Stazioni appaltanti di prendere, quale parametro normativo di valutazione della congruità del costo del lavoro, i valori desumibili dalla contrattazione collettiva e, in caso di mancanza di contratto collettivo applicabile, quelli del contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

Prosegue il ricorrente, affermando che tale clausola di salvaguardia rappresenta l'indicazione di chiusura per le Amministrazioni pubbliche circa la corretta verifica di congruità dell'offerta per quanto attiene al costo del lavoro, applicabile anche al caso in cui quest'ultimo si riferisca a contratti non di natura subordinata.

Evidentemente, infatti, l'ambito della contrattazione di natura non subordinata non può certo essere lasciata completamente priva di parametri normativi tramite cui valutare la congruità dei costi offerti, anche per evitare non solo un palese aggiramento della normativa sul costo del lavoro desumibile dal d.lgs. n. 50/2016 ma anche una evidente violazione del principio di concorrenza e parità di trattamento tra operatori economici.

Ciò, a maggior ragione in una gara di servizi, come quella in esame, relativa al servizio di assistenza tecnica per l'attuazione del P.O. Sardegna 2014/2020, per il quale "*la dimensione numerica, la professionalità, la coerenza e la completezza della composizione del Gruppo di lavoro*

proposto rispetto all'articolazione operativa e alle modalità organizzative proposte dall'Aggiudicatario in sede di offerta" (cfr. pag. 12 del capitolato tecnico All. 1C, doc. 1) rappresentava un elemento essenziale dell'offerta tecnica e quello della manodopera il costo principale dell'offerta economica.

Aggiunge il ricorrente che, in virtù del carattere essenziale del costo del gruppo di lavoro indicato dall'offerente, la Stazione appaltante aveva ritenuto di dover approfondire "*il rapporto che lega l'offerta economica esplicitata nel ribasso con il numero delle giornate lavorative/uomo riportate nelle offerte tecniche*" (cfr. il verbale n. 9 della seduta pubblica del 13.7.17, pag. 2 - doc. 5).

In questo senso, la Commissione giudicatrice richiedeva al RTI aggiudicatario di fornire spiegazioni in ordine, tra le altre voci di costo, "*al costo del lavoro per ciascun componente il gruppo di lavoro, con indicazione della qualifica e del livello retributivo*".

Tali spiegazioni si erano rese necessarie in virtù del fatto che il gruppo di lavoro presentato dal RTI Kpmg Advisory S.p.a. era composto, su 26 risorse umane interne ed esterne, da 18 professionisti con contratti non riconducibili al lavoro subordinato, per un monte ore imputato a tali ultime risorse pari all'84,20% del monte ore complessivo.

Nei primi giustificativi forniti dall'operatore economico in data 27.9.17, il RTI controinteressato precisava che verso i collaboratori privi di un contratto di lavoro subordinato aveva applicato "*contratti di collaborazione nel rispetto di quanto previsto dall'attuale legislazione in merito*"; tale affermazione veniva precisata nelle successive spiegazioni del giorno 2.11.17, secondo cui nella determinazione delle tariffe relative ai contratti di collaborazione "*si è inoltre tenuto conto delle fasce di costo medio orario previste dalle tabelle ministeriali (Decreto del Ministero del lavoro del 18 ottobre 2010) per i livelli da I a VII*".

La Commissione giudicatrice chiedeva quindi di "*dettagliare i costi medi orari del lavoro per figura professionale rispetto all'entità, alla complessità e alle caratteristiche dei servizi*" e di argomentare in dettaglio "*quali siano i livelli applicati agli esperti senior e agli esperti junior anche in funzione degli alti contenuti specialistici dell'offerta tecnica ("i professionisti fortemente qualificati")*".

Nei giustificativi del 6.12.17, il RTI controinteressato, affermava che "*tali livelli non sono applicabili a contratti di consulenza e il riferimento a detti livelli è da intendersi esclusivamente quale riferimento di massima rispetto alle tariffe rinvenienti dalla contrattazione privata tra le società e il singolo consulente*".

Secondo il ricorrente quindi, la controinteressata non aveva giustificato la voce di costo relativa all'84,20% del monte ore complessivo dei servizi indicato in offerta, asserendo dapprima che, per i contratti di collaborazione, dovevano applicarsi come riferimento normativo i valori desumibili dalla contrattazione collettiva più affine al settore merceologico di riferimento, salvo poi contraddire tale affermazione rivelando di aver indicato i costi del lavoro in maniera del tutto svincolata da qualsivoglia riferimento normativo e determinati in base alla mera e libera contrattazione tra le parti.

All'esito delle sue valutazioni sull'anomalia la Commissione riteneva incongrua l'offerta del RTI con mandataria Kpmg Advisory ma, come già anticipato nella esposizione in fatto, il RUP ribaltava gli esiti del giudizio di anomalia, asserendo che il RTI aggiudicatario ben avrebbe potuto indicare livelli di retribuzione per i contratti di consulenza anche al di fuori di qualsivoglia parametro normativo e sulla sola base della contrattazione privata; ciò, sulla base di quello che il ricorrente definisce erroneo e parziale richiamo a quanto disposto dal D.L. n. 1/12, in tema di tariffe professionali.

Il ricorrente afferma che il RUP in tal modo si è sostituito alla Commissione di gara competente alla valutazione di congruità dell'offerta aggiudicataria, mediante l'utilizzo di un criterio di giudizio contrastante con la normativa rilevante in materia e addirittura in violazione delle chiare indicazioni fornite sul punto dall'ANAC.

Il punto 9 del disciplinare di gara, secondo il ricorrente, è chiaro nel sottolineare come "*è altresì compito della commissione giudicatrice provvedere alla valutazione della congruità delle offerte in collaborazione con il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 97, co. 3, del d.lgs. n. 50/16*"; in altre parole, proprio la Stazione appaltante ha affidato alla commissione giudicatrice, anche in virtù delle competenze possedute, l'analisi tecnica della congruità dell'offerta, permettendo al RUP di fornire eventuali ulteriori spunti istruttori ("in collaborazione").

Nel caso di specie, tuttavia, si è in realtà manifestata la completa sostituzione dell'iter logico-giuridico seguito dalla Commissione di gara da parte del RUP, attraverso l'applicazione di un criterio di analisi contrario alla legge e al parere dell'Autorità di vigilanza.

Il ricorrente ricorda ancora che l'affidamento in oggetto era sottoposto al Protocollo di vigilanza collaborativa stipulato tra l'amministrazione e l'ANAC, per il quale l'Autorità ben poteva formulare indicazioni in ordine al corretto operato degli organi della Stazione appaltante così come cristallizzato nei verbali del subprocedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse. Esattamente ciò che è avvenuto nella fattispecie in esame, in cui l'ANAC si è incontestabilmente espressa per la correttezza del criterio giuridico (di applicazione anche per i contratti di consulenza dei parametri normativi previsti per i settori merceologici più affini) applicato dalla Commissione giudicatrice.

Il ricorrente prosegue, ancora nel primo motivo, argomentando in ordine alla manifesta illogicità del giudizio di congruità espresso dal RUP.

Afferma il ricorrente che il RUP, lungi dal sostituire il criterio di valutazione di anomalia con altro imposto dalla legge o aderente ad essa, ha affermato apoditticamente il principio per cui le retribuzioni prefissate per i contratti di consulenza sono soggette solo alla libera contrattazione tra le parti; l'effetto è quello di far sfuggire al controllo della stazione appaltante tutte le voci di costo inerenti a rapporti di lavoro non contrattualizzati.

Il richiamo al D.L. n. 1/12 e all'abrogazione da questo disposta delle tariffe professionali appare, secondo il ricorrente, assolutamente erroneo ed inconferente; tale testo normativo, infatti, riguarda un ambito di applicazione completamente diverso rispetto alle gare pubbliche di appalto ed alle esigenze di concorrenza, parità di trattamento e tutela di lavoratori in esse ricomprese.

Conclude il ricorrente affermando che, prendendo in considerazione le tariffe utilizzate dal singolo operatore economico, si finisce per innalzare a parametro di riferimento ai fini della congruità dell'offerta la forza contrattuale che tale operatore economico può esercitare nei confronti del singolo consulente. In questi termini, allora, la congruità dell'offerta non seguirebbe più comuni parametri normativi di riferimento, ma la dimensione imprenditoriale del singolo offerente, esattamente all'opposto di quanto perseguito dal nuovo Codice dei contratti pubblici in tema di tutela della piccola e media impresa e potenziamento dell'accesso al mercato dei contratti pubblici da parte di una più estesa platea di operatori economici.

1.2. Con il secondo motivo il ricorrente argomenta come segue.

Analoghe considerazioni in punto di erronea valutazione circa la congruità dell'offerta presentata dal RTI controinteressato possono essere fatte valere per quanto attiene alla voce di costo spese generali.

Anche in tal caso la Commissione aveva ritenuto anomala l'offerta della controinteressata in quanto il metodo di giustificazione delle spese generali

utilizzato non era idoneo a fornire una rappresentazione rigorosa di tale voce di costo.

In particolare, le spese generali assunte dall'operatore economico erano pari ad € 100.570,69 con un valore medio annuo (rispetto al periodo temporale di quattro anni previsto nella lex specialis di gara) pari a €. 24.992,67.

Il metodo utilizzato dal RTI controinteressato postulava che le spese generali fossero calcolate in base agli "*importi inclusi nel Bilancio ultimo approvato*" e attinente esclusivamente alle "*ore/uomo delle risorse con contratto a tempo indeterminato*"; dunque, tale voce di costo è stata giustificata esclusivamente alla stregua delle risorse presenti nel gruppo di lavoro con contratto di lavoro subordinato e nonostante tale tipologia di lavoratori fosse assolutamente minoritaria all'interno del gruppo di lavoro medesimo.

In questo senso, riprendendo considerazioni già in precedenza espresse, l'operatore economico controinteressato ha conseguito, tramite il ribaltamento delle spese generali sul solo personale dipendente due indebiti vantaggi:

a) l'abbattimento senza limiti (perché sostanzialmente non sottoponibile a vaglio di congruità) del costo del personale;

b) l'abbattimento dei costi generali.

Il metodo così applicato, secondo il ricorrente, mette in evidenza valori incongrui per le spese generali: così, l'ammortamento del materiale informatico, strumentazione indispensabile sia a livello individuale che di struttura, incide, in quattro anni, per soli € 3.600; ed ancora per le spese relative a servizi di sede e magazzini, è stato computato un costo di appena € 600 per la mandataria, mentre per la mandante non viene proprio riportata alcuna voce; l'incidenza del Consumo di materiale attribuito alla commessa è pari, per quattro anni, a soli € 25,20.

Proprio in virtù di tali evidenze documentali, la Commissione giudicatrice aveva ritenuto errato il metodo di calcolo delle spese generali indicato dal RTI aggiudicatario, posto che quest'ultimo ha completamente omesso di calcolare l'incidenza delle ore del personale non contrattualizzato.

Ma anche questa volta, il RUP ha ribaltato le evidenze documentali tracciate dall'organo tecnico, genericamente assumendo la correttezza del metodo di calcolo esposto dall'operatore economico e asserendo che, in ogni caso, le eventuali maggiori spese generali sarebbero state assorbite dall'utile dichiarato.

1.3. Il terzo motivo di ricorso contiene le seguenti argomentazioni.

L'aggiudicazione disposta a favore del RTI Kpmg Advisory S.p.a. è altresì illegittima in quanto la mandataria del raggruppamento aggiudicatario non era in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale (imposti dal punto 3 del disciplinare di gara – doc. 1) in misura maggioritaria, così come prescritto dal punto 4 del medesimo atto di gara.

In particolare, il punto 3 del disciplinare di gara prevedeva, quale requisito di capacità tecnica e professionale l'aver "*realizzato successivamente alla data del 1 gennaio 2013, servizi di assistenza tecnica per l'attuazione di P.O. cofinanziati dal FSE, in favore di amministrazioni o enti pubblici, per un valore di importo non inferiore ad €. 1.150.000,00 IVA esclusa*"; per quanto riguarda i partecipanti alla gara mediante raggruppamenti di imprese, poi, il punto 4 del disciplinare imponeva che "*il requisito di capacità tecnica professionale cui al paragrafo 3 lettera e), deve essere posseduto cumulativamente dalle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, fermo restando che l'operatore economico mandatario deve possedere i predetti requisiti in misura maggioritaria ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*".

Il raggruppamento aggiudicatario era così composto:

a) Kpmg Advisory S.p.a. 51%;

b) Cogea S.r.l. 49%.

Pertanto, secondo le indicazioni contenute nei punti 3 e 4 del disciplinare di gara, la mandataria Kpmg Advisory S.p.a. avrebbe dovuto dimostrare di possedere una quota pari al 51% dei requisiti di capacità tecnica e professionale sopra descritti.

I servizi di assistenza tecnica autonomamente in possesso della mandataria ammontavano complessivamente ad € 576.879,45, come tali, secondo il ricorrente, non in grado di dimostrare il possesso in misura maggioritaria del 51 % dichiarato in sede di presentazione dell'offerta; a tal fine, la mandataria spendeva anche il requisito di capacità tecnica e professionale, pari ad € 2.623.999,79 maturato dalla mandante Cogea S.r.l. e da essa prestato alla mandataria con contratto di avvalimento.

Secondo il ricorrente, la formazione di un tale raggruppamento di imprese è tuttavia illegittima, in quanto posta in evidente elusione e aggiramento dell'imposizione della legge di gara secondo cui la mandataria doveva possedere i requisiti di capacità tecnica e professionale in misura maggioritaria.

Anzitutto, il requisito pari ad € 154.280,80 autonomamente speso in gara dalla mandataria si riferisce ad una commessa espressamente svoltasi tra il 22.5.12 e il 21.5.15, nonostante la chiara indicazione per cui gli unici requisiti di capacità tecnica e professionale spendibili in gara erano quelli maturati successivamente al 1.1.13 (pag. 12 del disciplinare).

In secondo luogo, il requisito speso pari a €. 422.598,65, attinente al "*Servizio di gestione di una Sovvenzione Globale (...)"* non riguarda i servizi richiesti dalla legge di gara (pag. 12 del disciplinare), in quanto non assimilabili ad un servizio di assistenza tecnica in favore di amministrazioni o enti pubblici, trattandosi invece di un intervento di gestione ed attuazione di un progetto cofinanziato dal FSE.

Prosegue il ricorrente affermando che la mandataria controinteressata ha esplicitamente aggirato il disposto di cui al punto 4 del disciplinare di gara,

per il quale quest'ultima doveva comunque dimostrare di possedere la quota maggioritaria dei requisiti di capacità tecnica e professionale dichiarati in gara, utilizzando un avvalimento interno con cui la mandante, in qualità di impresa ausiliaria, ha contribuito alla dimostrazione sul possesso dei requisiti di ordine speciale in misura ben superiore a quella da essa dichiarata in gara e, in ogni caso, in misura maggiore rispetto alla mandataria, al contrario in possesso di una quota minoritaria di requisiti ex punto 3 del disciplinare di gara.

Dal prestito (mediante cd. avvalimento interno) del requisito pari ad € 2.623.999,79 da parte della mandante Cogea S.r.l. (in qualità di impresa ausiliaria interna) alla mandataria Kpmg Advisory S.p.a. (in qualità di impresa ausiliata interna) deriva:

- una evidente contraddizione rispetto a quanto dichiarato dalla mandataria in sede di presentazione dell'offerta circa le quote di qualificazione delle singole componenti del raggruppamento perché non in possesso del 51 % di requisiti tecnico professionali;
- la violazione della legge di gara e del combinato disposto degli artt. 48 e 89, d.lgs. n. 50/16 attraverso l'utilizzo distorto dell'avvalimento al fine di mascherare una diversa composizione del raggruppamento e l'assenza di requisiti tecnico professionali in capo alla mandataria.

1.4. Il quarto motivo di ricorso contiene le seguenti argomentazioni.

Il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti con esso gravati sono illegittimi anche in virtù della indebita commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di attribuzione dell'offerta tecnica in cui è incorso il controinteressato e per la nullità del contratto di avvalimento intercorrente tra la mandataria Kpmg Advisory S.p.a. e la mandante Cogea S.r.l..

In particolare, con il contratto di avvalimento, la Cogea S.r.l., accanto al requisito di capacità tecnica e professionale, prestava "*n. 2 risorse senior tutte con esperienza pluriennale e specifica maturata nell'esecuzione del*

servizio descritto nella tabella di cui sopra, reso al Committente indicato nella medesima tabella, nel periodo temporale ivi specificato".

Tuttavia, le risorse appartenenti al gruppo di lavoro rappresentavano espressamente un elemento essenziale dell'offerta tecnica, come tale anche oggetto di specifica attribuzione di punteggio da parte della Commissione di gara.

Ed allora, l'istituto dell'avvalimento, pur rappresentando uno strumento in capo agli operatori economici per aumentare le loro chances competitive, può trovare applicazione solo ai fini della dimostrazione circa il "*possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c)"* e non anche nell'ambito degli elementi essenziali dell'offerta tecnica, pena l'indebita commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di attribuzione del punteggio.

Tant'è che, nel caso di specie, la professionista Chiara Palma, quale risorsa indicata nel contratto di avvalimento, rientrava tra quelle contemplate nell'Allegato E – Griglia figure professionali Gruppo di Lavoro contenuto nell'offerta tecnica del RTI controinteressato e specificamente oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio per la componente tecnica.

L'utilizzo distorto dell'avvalimento e l'indebita commistione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica, secondo il ricorrente, non possono essere privi di conseguenze ai fini dell'accertamento circa la manifesta illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

Prosegue ancora il ricorrente affermando la genericità del contratto di avvalimento prodotto dal raggruppamento aggiudicatario, per quanto attiene agli ulteriori requisiti e alle ulteriore risorse prestate rispetto a quelle professionali già oggetto di censura.

Le restanti parti del contratto di avvalimento, lungi dal formulare precise indicazioni circa le risorse oggetto di avvalimento, infatti, si rifugiano in

formule vaghe e generiche, quali "*tutti i beni strumentali necessari all'espletamento delle prestazioni professionali*" o "*il proprio patrimonio esperienziale ed organizzativo (...)",* come tali, completamente inidonee a far comprendere la portata dei requisiti concretamente prestati.

2. Possono, a questo punto, essere descritte le censure contenute nei motivi aggiunti tenendo conto che il quinto motivo del ricorso introduttivo conteneva una domanda proposta ai sensi dell'art. 116 c.p.a. che diventa improcedibile per il sopravvenuto deposito, da parte dell'amministrazione, dei documenti oggetto della richiesta di accesso.

Proprio a seguito del deposito dei documenti di cui si è fatta menzione, il ricorrente ha proposto i motivi aggiunti che si vanno di seguito a sintetizzare.

2.1. Con il primo motivo aggiunto (sesto motivo complessivo) il ricorrente argomenta come segue.

Anzitutto il ricorrente ricorda che, con il terzo motivo del ricorso introduttivo, si è censurata la mancanza, in capo alla mandataria del RTI aggiudicatario, dei requisiti di capacità tecnica e professionale.

Afferma che, ad ulteriore conferma di questa tesi, deve sottolinearsi come il RTI aggiudicatario non ha trasmesso alcun documento inerente la commessa eseguita per la regione Abruzzo, precludendo alla Stazione appaltante di verificare l'effettiva sussistenza del relativo requisito di capacità tecnico-professionale speso in gara.

L'art. 8 del disciplinare di gara, infatti, prevedeva che tutte le commesse dichiarate in gara per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 3, lett. e) del disciplinare dovessero poi essere comprovate nella fase di verifica ex artt. 85 e 86, d.lgs. n. 50/16 mediante "*copia dei contratti e delle fatture relative ai servizi di cui trattasi conclusi con accettazione della prestazione, comprovata da certificati di regolare esecuzione rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti committenti o documenti probatori equivalenti*".

Nulla di tutto ciò è avvenuto, secondo il ricorrente, per la commessa dichiarata in gara dalla mandataria per la regione Abruzzo.

La circostanza per cui il RTI aggiudicatario non ha trasmesso alcun documento inerente la comprova di tale requisito integra, secondo il ricorrente, la manifesta violazione degli artt. 85 e 86, d.lgs. n. 50/16 e dell'art. 8 del disciplinare di gara, in quanto in tal modo ha omesso di fornire alla Stazione appaltante elementi a supporto dell'effettivo possesso del requisito speciale dichiarato e speso in gara.

L'omessa comprova del requisito di capacità tecnico-professionale derivante dalla commessa per la regione Abruzzo, secondo il ricorrente, non fa altro che confermare quanto già contestato in sede di ricorso introduttivo e cioè che il relativo "*Servizio di gestione di una Sovvenzione Globale (...)"* non riguarda i servizi richiesti dalla legge di gara, in quanto relativi ad un intervento di gestione ed attuazione di un progetto cofinanziato dal FSE e non di assistenza tecnica.

2.2. Il secondo dei motivi aggiunti (settimo motivo complessivo) contiene le seguenti argomentazioni.

L'omessa comprova della commessa realizzata per la regione Abruzzo ha prodotto, secondo il ricorrente, un ulteriore vizio del provvedimento di aggiudicazione.

Posto che la dichiarazione resa in gara dal RTI aggiudicatario non ha trovato riscontro in sede di comprova dei requisiti ex art. 85, d.lgs. n. 50/16, la Stazione appaltante avrebbe dovuto valutare tale circostanza anche ai fini della causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.

Tutte le informazioni relative alla commessa eseguita per la regione Abruzzo erano essenziali per verificare che la Kpmg Advisory S.p.a. potesse effettivamente spendere in gara l'unico requisito autonomamente posseduto che le permettesse almeno di avvicinarsi alla soglia di

maggioranza del RTI che una mandataria deve obbligatoriamente possedere.

L'aver omesso di comprovare il requisito pari ad € 422.598,65 della commessa per la Regione Abruzzo implica:

- l'aver fornito in gara informazioni fuorvianti sul possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionali necessari a ricoprire il ruolo di mandataria nel RTI;
- l'aver colpevolmente omesso di fornire informazioni fondamentali alla Stazione appaltante per verificare, durante la fase di comprova, se effettivamente quell'essenziale requisito sussisteva.

Ribadisce il ricorrente, come tali considerazioni non possono essere confutate dalla circostanza per cui Cogea S.r.l. ha prestato e poi comprovato, in sede di verifica ex art. 85, d.lgs. n. 50/16, requisiti comunque sufficienti per la partecipazione alla gara del RTI, in quanto il punto 4 del disciplinare di gara, in perfetta aderenza all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/16, imponeva chiaramente che "*il requisito di capacità tecnica professionale cui al paragrafo 3 lettera e), deve essere posseduto cumulativamente dalle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, fermo restando che l'operatore economico mandatario deve possedere i predetti requisiti in misura maggioritaria ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*" (pag. 17 del disciplinare di gara, doc. 1).

L'avvalimento interno non può essere lo strumento per aggirare le quote di qualificazione delle singole componenti del raggruppamento indicate in sede di presentazione dell'offerta e imposte dalla lex specialis di gara, né, tantomeno, per aggirare l'obbligo di comprovare i requisiti dichiarati e spesi in gara nella fase di verifica ex artt. 85 e 86, d.lgs. n. 50/16.

2.3. Il terzo dei motivi aggiunti (ottavo motivo complessivo) contiene le seguenti argomentazioni.

Secondo il ricorrente, il RTI controinteressato ha presentato un Gruppo di lavoro insufficiente a dimostrare il possesso di quei requisiti di esperienza professionale minimi ed obbligatori previsti sulla base del combinato disposto dell'art. 3, lett. f) del disciplinare di gara e dell'art. 6.3 del capitolato tecnico.

Il ricorrente riporta quelli che definisce aspetti critici della documentazione presentata per le singole risorse del Gruppo di lavoro minimo ed obbligatorio, dai quali si ricava la carenza, in molti contratti, di specifiche informazioni riguardo alle attività effettivamente realizzate.

In particolare:

a) l'esperto Cristiano Ereddia, candidato a ricoprire il ruolo di "Esperto senior, iscritto all'albo dell'Ordine degli *Avvocati, in possesso di esperienza professionale di almeno 15 anni in materia di procedure di appalto (in primis, redazione di bandi ed avvisi per l'acquisizione di servizi) e in materia di concorrenza e aiuti di stato, e in possesso comunque di almeno 1 esperienza in attività di assistenza tecnica per l'attuazione di PO cofinanziati dal FSE*", ha inteso comprovare il possesso del requisito di esperienza professionale, mediante l'attività svolta tra gli anni 2001-2016; si rileva che l'iscrizione all'Albo degli Avvocati, come emerge dalla schermata telematica allegata (doc. 37) risale al 2004; tant'è che non sono stati forniti a comprova delle esperienze vantate i contratti relativi ai primi cinque anni di attività professionale (tra il 2001 e il 2005). Con riferimento a tali anni, infatti, è stata fornita soltanto un'auto-dichiarazione del professionista e alcune visure fiscali riferite ai sostituti di imposta (di Agenzia Entrate) e ai redditi percepiti negli anni in questione, che tuttavia non specificano le attività professionali effettivamente realizzate (in violazione del chiarimento n. 43 alla legge di gara) e quindi non dimostrano il possesso dei requisiti minimi previsti dal capitolato.

Ai fini della maturazione dei 15 anni di esperienza professionale, aggiunge il ricorrente, non possono rilevare gli eventuali anni di praticantato svolti

dal professionista prima dell'iscrizione all'albo avvenuta solo nel 2004; in primo luogo, perché l'art. 15, L. n. 247/12 prevede l'inserimento dei praticanti in un "*registro*" diverso dall' "*albo dell'Ordine degli Avvocati*" previsto dalla lettera a) dell'art. 15, L. n. 247/12 espressamente richiesto dall'art. 6.3 del capitolato tecnico; in secondo luogo, l'art. 41, L. n. 247/12 descrive, in ogni caso, il praticantato come l' "*addestramento, a contenuto teorico e pratico, (...) finalizzato a fargli conseguire le capacità necessarie per l'esercizio della professione di avvocato e per la gestione di uno studio legale nonché a fargli apprendere e rispettare i principi etici e le regole deontologiche*"; addestramento, questo, ben diverso dall'esperienza professionale in materia di appalti e aiuti di stato richiesta dal capitolato tecnico; eliminati gli anni illegittimamente computati, il professionista non possiede pertanto i requisiti di capacità tecnico-professionale minimi e obbligatori richiesti ai fini della partecipazione alla gara d'interesse;

b) l'esperta Emanuela Collini, candidata a ricoprire il ruolo di "*Esperto senior in possesso di esperienze professionali di almeno 6 anni in materia di assistenza tecnica per l'attuazione e gestione di PO cofinanziati dal FSE",* ha inteso comprovare le esperienze professionali dichiarate in sede di gara mediante 3 contratti di lavoro con la società S.O.S S.r.l (uno dei quali, tra l'altro, non presente - cfr. doc. 38), relativi alla realizzazione del progetto "*Laboris*", che, tuttavia, si riferiscono all'attuazione di un progetto cofinanziato dal FSE e non all'assistenza tecnica descritta nel curriculum e nell'allegato E presentato in gara.

Rileva il ricorrente, che, all'interno dei suddetti contratti con la società S.O.S. S.r.l., viene chiaramente indicato che la predetta società intende avvalersi di una collaborazione "*rivolta alle finalità specificate in Allegato n.1*" del quale, tuttavia, non vi è traccia fra la documentazione presentata alla Stazione appaltante (doc. 38); tale omissione, allora, non consente, sempre secondo il ricorrente, di verificare il tipo di attività effettivamente

realizzato dalla professionista (ancora in violazione del chiarimento n. 43 alla legge di gara);

c) l'esperta Elisabetta Pintor, candidata a ricoprire il ruolo di "*Esperto senior in possesso di esperienze professionali di almeno 6 anni in materia di assistenza tecnica per l'attuazione e gestione di PO cofinanziati dal FSE*" ha inteso comprovare i suoi requisiti di capacità tecnico-professionale dichiarati in gara, tra l'altro, con il contratto sottoscritto con la TIM&O del 27.8.08 (nell'ambito dell'attività di consulenza professionale che quest'ultima ha svolto in favore della Reconta Ernst & Young relativamente al "*Servizio di Assistenza Tecnica e Supporto alla struttura delle attività connesse ai controlli II livello e alla dichiarazione a conclusione dell'intervento POR Sardegna 2000-2006 e del Programma Leader + Sardegna*") che, secondo le dichiarazioni contenute nel relativo curriculum e nell'Allegato E all'offerta tecnica del controinteressato coprirebbe un lasso temporale di 19 mesi (fino al 9 marzo 2010); in realtà, tale contratto prevede una scadenza al 30.6.09 e, pertanto, di circa 8 mesi anteriore; a nulla può valere la nota del dirigente ispettore dell'Amministrazione datata 9.3.10 (doc. 39), nella quale si attesta che la dott.ssa Pintor "*ha prestato lodevole servizio presso l'ufficio di controlli di II livello [...] dal 1 settembre 2008 ad oggi*", in quanto la generica dicitura compresa in tale nota non fa comunque riferimento ad attività specifiche su FSE, espressamente richieste dalla legge di gara; di nuovo, la mancata comprova di tutto il requisito di esperienza professionale dichiarato in gara determina una insanabile carenza nella composizione minima ed obbligatoria del Gruppo di lavoro;

d) al pari di quanto ha fatto l'esperta Elisabetta Pintor, anche altri due esperti del Gruppo di lavoro minimo ed obbligatorio, gli esperti Anna Maria Cacciarru e Pierpaolo Giambelluca hanno comprovato i requisiti di esperienza professionale mediante contratti sottoscritti con TIM&O, nell'ambito dell'attività di consulenza professionale che quest'ultima ha

svolto in favore della Reconta Ernst & Young relativamente al "*Servizio di Assistenza Tecnica e Supporto alla struttura delle attività connesse ai controlli II livello e alla dichiarazione a conclusione dell'intervento POR Sardegna 2000-2006 e del Programma Leader + Sardegna*"; in mancanza di ulteriore documentazione a comprova, deve sottolinearsi come in nessuno di questi contratti è specificato come l'attività svolta da TIM&O riguardasse l'FSE o altri fondi, con ciò dubitandosi della possibilità di spendere tali requisiti in una gara che espressamente richiedeva di dimostrare la maturazione di esperienza professionale per FSE e non per altra tipologia di fondi.

Prosegue il ricorrente affermando che deve comunque censurarsi la condotta tenuta dal RTI controinteressato che, in violazione dell'art. 8 del disciplinare di gara, ha comunque trasmesso all'Amministrazione i soli curricula relativi al Gruppo di lavoro minimo ed obbligatorio, senza cioè trasmettere alcunché in merito alle ulteriori risorse aggiuntive indicate in offerta.

L'attribuzione del punteggio relativamente ai sub criteri di valutazione dell'offerta tecnica riguardanti la composizione aggiuntiva del Gruppo di lavoro è avvenuta sulla sola base dei *curricula* e delle dichiarazioni contenute nell'Allegato E presentato in gara dall'operatore economico (doc. 25); è chiaro, dunque, secondo il ricorrente, che l'attribuzione del punteggio per tali componenti dell'elemento tecnico offerto non poteva avvenire esclusivamente sulla base di mere autodichiarazioni, ma doveva comunque essere subordinata ad un effettivo scrutinio di veridicità da parte della Stazione appaltante.

L'esito della gara è stato quindi determinato da mere autodichiarazioni e *curricula*, senza alcuna ulteriore documentazione comprovante l'effettivo peso avuto dal gruppo di lavoro aggiuntivo ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica del controinteressato.

Aggiunge ancora il ricorrente che neanche la risorsa aggiuntiva Chiara Palma, illegittimamente utilizzata sia in sede di avvalimento che in sede di valorizzazione della composizione aggiuntiva per un miglior punteggio nell'offerta tecnica, è stata sottoposta a comprova nella fase di verifica ex artt. 85 e 86, d.lgs. n. 50/16.

Conclude il ricorrente nel senso che tale circostanza rende ancor più palese, peraltro, la violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/16, non solo in merito all'indebita commistione compiuta con elementi attinenti alla valutazione dell'offerta tecnica, ma anche e soprattutto perché l'intervenuta mancata comprova della suddetta professionista implica l'impossibilità della medesima risorsa di prestare i requisiti di qualificazione necessari all'esecuzione del servizio.

3. Le censure così descritte possono a questo punto essere esaminate.

3.1. Le questioni in diritto da affrontare, sollevate con i primi due centrali motivi di ricorso, sono sostanzialmente le seguenti:

a) quali sono i limiti del sindacato del giudice nel valutare la legittimità del giudizio di anomalia dell'offerta che è espressione di discrezionalità tecnica;

b) in una valutazione sulla possibile anomalia dell'offerta, quale ruolo ha la stazione appaltante nella verifica del costo del lavoro della prestazione offerta.

4. Sulla prima questione è qui agevole ricordare principi che ormai costituiscono ius receptum.

4.1. La verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte.

La relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla p.a. che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale,

salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Di norma, infatti, il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della p.a., ma può solo verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza (ex multis, Consiglio di Stato sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444).

4.2. Si tratta di un sindacato sulla discrezionalità tecnica, questione su cui questa Sezione ha una posizione consolidata.

E' bene richiamare alcuni principi.

Con l'espressione "discrezionalità tecnica" si indica un'area dell'attività dell'amministrazione posta tra le certezze scientifiche e le certezze giuridiche, in altre parole, tra il diritto e la tecnica.

Si concretizza in valutazioni svolte dall'organo amministrativo, fondate su regole e concetti richiamati dalla norma, ma trascendenti il diritto stesso, in quanto propri di scienze non esatte.

Tali valutazioni sono spesso complesse. Per ciò stesso esse sono caratterizzate da un margine di opinabilità. Infatti la scienza fornisce spesso più soluzioni al singolo problema. La determinazione di quale sia la scelta migliore è rimessa alla pubblica amministrazione.

4.3. In tale contesto si è cercato di individuare il ruolo e i limiti dell'attività del Giudice chiamato a pronunciarsi sul corretto uso di tale forma di discrezionalità.

L'area della discrezionalità tecnica, storicamente, era considerata estranea ad ogni possibilità di sindacato giurisdizionale fino al radicale cambiamento della posizione della giurisprudenza espresso con la storica sentenza del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601.

Nella citata sentenza, il Consiglio di Stato descriveva in modo plastico la differenza tra opinabilità e opportunità, precisando che solo quest'ultima,

ossia la valutazione dell'interesse pubblico, rientra nel merito dell'atto amministrativo, insindacabile in sede di giudizio di legittimità.

Lo stesso non può dirsi per l'applicazione di una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta, anche qualora ad essere opinabile sia una questione di fatto preliminare a una scelta di merito.

Siccome il giudice amministrativo ha piena conoscenza del fatto non è sufficiente un mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì è necessaria una verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo.

In caso di inattendibilità delle valutazioni complesse si integrerebbe un vizio di legittimità del provvedimento.

Il giudice può quindi esprimersi sulla correttezza della regola tecnica adottata, poiché, in sintesi, violare la norma tecnica significa violare la norma giuridica.

Il problema quindi non sta nella sindacabilità delle valutazioni tecniche ma piuttosto nel determinare i confini dell'intervento del giudice.

Ed è su questo punto che la posizione anche di questa Sezione è oramai consolidata.

Il controllo del giudice è chiaramente pieno, ossia tale da garantire piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte ma il giudice non può agire al posto dell'amministrazione, potendo, invece, sicuramente censurare la scelta inattendibile, frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e annullare il provvedimento basato su di essa.

4.4. Lo schema del ragionamento che il giudice deve fare sulle valutazioni tecniche può essere così descritto:

a) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da

giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

b) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo.

c) devono ritenersi superati ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

Paradigmatica dello schema sopra riassunto è la pregevole pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 maggio 2002, n. 2334.

5. Ciò detto, se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre aggiungere che l’accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

I momenti nel ragionamento del giudice sono due, ben distinti.

Il primo è l'accesso al fatto; è in quest’ambito che il giudice può sostituirsi alla p.a. nella verifica della sua effettiva sussistenza.

Il secondo è la contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati che richiede l'applicazione di scienze inesatte.

In questo secondo segmento del processo logico, emergono i limiti al sindacato del giudice (in cui il giudice non può sostituirsi alla p.a.).

5.1. A questo punto è opportuno riprendere la distinzione tra opinabilità e opportunità di una valutazione ben delineata dal Consiglio di Stato nella

già citata sentenza 601/1999.

Scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa.

Se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato.

Un conto, quindi, è l'accertamento del fatto storico (che precede tutto) e un conto è la contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma.

Quest'ultimo è fuori dall'accertamento del fatto e rientra nel suo apprezzamento, questo sì, sottratto alla completa sostituibilità della valutazione del giudice a quella dell'amministrazione.

6. In conclusione sul punto, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo.

Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

7. E' ora possibile esaminare la questione, prima indicata alla lettera b), che costituisce il punto centrale della controversia.

Per esaminarla, il Collegio ritiene di non poter prescindere da alcune considerazioni di carattere generale sull'impianto complessivo della disciplina dei contratti pubblici.

Intanto, occorre ricordare il complesso sistema di interessi curati dalla disciplina dei contratti pubblici, evidenziandone il progressivo ampliamento.

Il sistema è profondamente mutato negli anni ed è ben più complesso di quello che scaturiva dalla normativa di contabilità generale dello Stato risalente agli anni venti del secolo scorso. Quel sistema era infatti fondamentalmente finalizzato a garantire la corretta gestione del denaro pubblico e a contenere il rischio di turbative d'asta.

Oggi il Codice dei contratti pubblici risente fortemente del più complesso sistema sovranazionale in cui è inserito e rappresenta uno strumento attraverso il quale è assicurata anche la protezione di interessi ulteriori rispetto al tradizionale principio di economicità dell'azione amministrativa.

In quest'ottica devono essere ad esempio lette le norme volte ad assicurare il rispetto della tutela dell'ambiente, della salute, delle piccole e medie imprese, a promuovere l'innovazione, a preservare i beni artistici ed archeologici, a prevenire la corruzione e a tutelare il lavoro.

Questi molteplici interessi pubblici esercitano quindi un'influenza precisa sul sistema degli appalti pubblici.

7.1. In particolare, per la tutela di alcuni interessi pubblici, come quelli in materia di lavoro, sicurezza e previdenza, sono state dettate regole e indicati limiti specifici che non sono superabili, con la conseguenza che una stazione appaltante non può agire basandosi solo sulle vecchie logiche proprie della legge di contabilità generale.

8. Fatta questa premessa, si deve rilevare che la questione che viene posta all'esame del Collegio è molto delicata. Si tratta infatti di comprendere se il ruolo della stazione appaltante possa essere così penetrante da spingersi, nel giudizio di verifica della possibile anomalia di un'offerta, fino ad esercitare funzioni che possono avere riflessi anche sul mercato delle prestazioni economiche e del lavoro.

8.1. E' del tutto ovvio che, anche in un giudizio sull'anomalia dell'offerta, non possano essere sindacate le modalità di organizzazione interna di un operatore economico, né è possibile ritenere che debbano essere imposti determinati tipi contrattuali in luogo di altri per ottenere la collaborazione dei prestatori d'opera.

Ma, nel giudizio di verifica della possibile anomalia di un'offerta, se occorre valutare la congruità del costo del lavoro (e quindi la congruità e serietà dell'offerta), si deve ritenere comunque necessario, nei casi in cui non sia possibile fare un immediato riferimento agli importi dei contratti collettivi nazionali - per la molteplicità delle modalità di lavoro anche non dipendente con le quali oggi è possibile assicurare una prestazione lavorativa - che la Stazione appaltante valuti la corretta determinazione del costo del lavoro anche con strumenti diversi. E ciò anche per il doveroso rispetto delle disposizioni dettate per la tutela di rilevanti interessi pubblici in materia di lavoro, sicurezza e previdenza ai quali si è fatto prima cenno.

Senza contare che la mancanza di un qualsiasi parametro nella valutazione della congruità del costo del lavoro "non dipendente" determinerebbe effetti palesemente distorsivi del mercato, quali quelli che sono stati evidenziati nella gara in esame.

8.2. Non può essere pertanto condiviso il principio, che è stato affermato nella fattispecie dal RUP e fatto proprio dall'Amministrazione, secondo cui ogni valutazione sulla congruità del costo del lavoro della prestazione offerta nella fattispecie non poteva essere compiuta perché tra l'impresa e il prestatore d'opera di lavoro non dipendente esiste solo la libera contrattazione del compenso.

Se si affermasse la correttezza di tale principio, alle stazioni appaltanti sarebbe preclusa ogni forma di controllo sulla serietà e sostenibilità del costo del lavoro delle offerte presentate e della stessa serietà dell'offerta, soprattutto quando il costo del lavoro ne è, come nella fattispecie, un elemento preponderante.

8.3 Né può valere l'obiezione secondo cui le eventuali patologie sono questioni proprie della fase esecutiva del contratto. La procedura di gara serve, tra le tante altre cose, anche a prevenire situazioni patologiche quali quelle che possono determinarsi con la presentazione di un'offerta anomala.

9. Si deve quindi ribadire che non può essere condivisa la tesi, nella fattispecie sostenuta dal RUP, secondo cui l'operatore economico che decide (legittimamente) di organizzarsi con collaboratori che non sono lavoratori subordinati è esentato da qualsiasi giustificazione in ordine al costo di tali collaboratori nell'offerta che ha presentato.

10. Alcuni parametri normativi esistono comunque, perlomeno da utilizzare come punto di riferimento per valutare la serietà e attendibilità di un'offerta e del costo del lavoro nella stessa dichiarato.

10.1. Il diritto del lavoro (subordinato e autonomo) così come la disciplina del codice del consumo dettano disposizioni di mitigazione della forza contrattuale del committente. Per esempio, l'art. 3 della recente legge 22 maggio 2017, n. 81, recante "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" colpisce le clausole e le condotte abusive nonché l'abuso di "*dipendenza economica*" (art. 9, L. 192/1992).

I copiosi riferimenti all'"*abuso*" presenti nell'articolato della citata legge n. 81 del 2017, per esempio, evocano il complesso tema delle relazioni sbilanciate tra soggetti economici (i cosiddetti "*contratti asimmetrici*"), nel cui ambito la dottrina ha elaborato la nozione di "*terzo contratto*".

Tale figura identifica quei contesti negoziali in cui, come accade sovente nel caso del lavoro autonomo, si rileva una debolezza non inerente a un determinato status, come per il consumatore, protagonista di un ideale "*secondo contratto*", ma relativa a una condizione di fatto di disparità economica che si riflette sul piano dell'equilibrio contrattuale.

L'ottica comune alle discipline in questione è spiccatamente rimediale. Ciò significa che quelle regole, sul piano individuale, mirano al ripristino in via giudiziale dell'equilibrio che il rapporto economico sbilanciato ha messo in discussione. Si parla non a caso di "*giustizia contrattuale*".

10.2. Occorre chiedersi se quelle regole che permeano ormai il sistema giuridico, possano operare altresì in funzione del perseguimento di più ampi obiettivi, come il miglioramento qualitativo della concorrenza. E la risposta deve ritenersi affermativa tanto che, esplorando il contesto dei rapporti asimmetrici tra imprese, si accosta alla lesione della libertà negoziale della parte debole la violazione dell'ordine pubblico del mercato.

10.3. Il Collegio è ben consapevole del fatto che la legge n. 81/2017 non ha dettato anche disposizioni specifiche sul compenso dei lavoratori autonomi.

Il principio cardine è la libera pattuizione del compenso e solamente in assenza di un accordo o di riferimenti a usi e tariffe si ammette l'intervento sussidiario del giudice ai sensi dell'art. 2225 c.c. che stabilisce il corrispettivo in base al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo, con la correzione del criterio di adeguatezza all'importanza dell'opera e al decoro della professione ex art. 2233 c.c.

10.4. Ciò nonostante, tornando alla fattispecie in esame, non può essere condivisa la tesi sostenuta dal R.U.P. (e fatta propria dall'Amministrazione resistente) secondo cui, in sintesi, non esiste compenso minimo quindi la stazione appaltante non deve verificare il costo del lavoro.

10.5. Il caso che qui occupa il Collegio e che si è ampiamente prima esposto, è del tutto singolare.

Il ricorrente afferma che il RUP ha ribaltato immotivatamente le conclusioni cui era giunta la Commissione giudicatrice. Conclusioni che non erano state censurate neppure dall'ANAC che, pur limitandosi ad affermare che il procedimento seguito dalla Commissione era esente da vizi, ne aveva comunque apprezzato la correttezza formale.

E che il RUP abbia ribaltato il giudizio della Commissione sulla base della lapidaria affermazione secondo cui, avendo la controinteressata offerto prestazioni lavorative in larga parte di professionisti, e non di lavoratori dipendenti, ed essendo il compenso degli stessi lasciato alla libera contrattazione delle parti, corrisponde al vero.

10.6. Ma non per questo "la stazione appaltante non deve verificare il costo del lavoro".

Tale affermazione contiene, infatti, un salto logico.

Dalla prima proposizione assunta come vera (e che è vera) il RUP fa discendere la verità di una seconda affermazione che non può ritenersi assoluta e che involge problematiche che, come si è accennato, sono ben più complesse.

11. La difesa del ricorrente ha richiamato, a sostegno delle proprie argomentazioni, anche l'art. 69 della Direttiva UE 24/2014. Il richiamo è conferente.

L'art. 69 della Direttiva così dispone:

"*1. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi.*

2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a:

a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;

b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;

c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;

d) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2;

e) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 71;

f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

3. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2.

L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2.

4. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta unicamente per questo motivo soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione.

5. Su richiesta, gli Stati membri mettono a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni a loro disposizione, quali leggi, regolamentazioni, contratti collettivi universalmente applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli di cui al paragrafo 2".

L'art. 18 "Principi per l'aggiudicazione degli appalti", paragrafo 2, della Direttiva 24/2014 poi così recita:

"*2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X*".

12. Da una lettura sistematica delle disposizioni della Direttiva 24/2014, delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, e dei principi che presidiano l'intera materia degli appalti si può giungere alla conclusione che la stazione appaltante non può completamente omettere di valutare, in sede di giudizio di anomalia dell'offerta, le modalità con le quali l'operatore economico che aspira ad ottenere una commessa pubblica, intende utilizzare e compensare i propri collaboratori.

13. Né vale l'obiezione secondo cui la stazione appaltante non può ingerirsi nell'organizzazione dell'impresa. Il punto non è in discussione. E' scontato che l'impresa, nei limiti di legge, può scegliere in autonomia le modalità che ritiene migliori per lo svolgimento della sua attività e quindi anche per svolgere le attività che le sono richieste per la gara alla quale ha ritenuto di poter partecipare.

Ma ciò non esclude che la stazione appaltante deve comunque poter verificare, alla luce di tutti i principi sopra richiamati, la congruità dell'offerta e ciò a maggior ragione in un appalto, come quello in esame, dove la componente costo del lavoro è assolutamente preponderante.

13.1. Del resto si deve ricordare che il considerando 40 della Direttiva 24/2014 stabilisce che "*La vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse. La necessaria verifica a tal fine dovrebbe essere effettuata conformemente alle pertinenti disposizioni della presente direttiva, in particolare quelle relative ai mezzi di prova e alle autodichiarazioni*".

14. Le argomentazioni svolte dal ricorrente, con il primo motivo, devono essere quindi condivise, per tutte le ragioni che si sono esposte, con la conseguenza che l'impugnato giudizio di anomalia dell'offerta non sfugge

al giudizio di irrazionalità che può essere espresso dal giudice di legittimità nell'esame del corretto esercizio della discrezionalità tecnica, pur nei limiti che si sono prima ricordati.

15. Restano da esaminare peraltro gli ulteriori motivi di ricorso.

La fondatezza del primo motivo, non consente infatti di procedere all'assorbimento degli ulteriori motivi che possono essere peraltro esaminati sinteticamente.

Va ricordato, infatti, che nel processo amministrativo, la tecnica dell'assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata (Consiglio di Stato sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

16. Ciò posto, il secondo motivo, con il quale il ricorrente RTI ha lamentato l'erronea valutazione circa la congruità dell'offerta presentata dal RTI controinteressato anche per quanto attiene alla voce di costo spese generali, è infondato alla luce della giurisprudenza pacifica.

Va ricordato che, ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta in una gara d'appalto, le percentuali per spese generali ed utili d'impresa non sono incomprimibili, con la conseguenza che aliquote inferiori ben possono essere in concreto ammissibili, dal momento che trattasi di elementi la cui incidenza è variabile da impresa ad impresa (T.A.R. Sardegna, sez. I, 24 febbraio 2011, n.162).

17. Con il terzo motivo il ricorrente RTI ha sostenuto che l'aggiudicazione disposta a favore del RTI Kpmg Advisory S.p.a. è altresì illegittima in quanto la mandataria del raggruppamento aggiudicatario non era in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale (imposti dal punto

3 del disciplinare di gara – doc. 1) in misura maggioritaria, così come prescritto dal punto 4 del medesimo atto di gara.

Il motivo è infondato.

Sul punto, le difese della controinteressata contenute nella memoria depositata il 1° giugno 2018 colgono nel segno.

Per quanto riguarda il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale è vero che la mandataria possiede il 50,5% del requisito di partecipazione, che quindi è maggioritario in perfetta aderenza alla prescrizione contenuta nell'art. 4 del Disciplinare di gara.

17.1. In ordine al problema della coincidenza temporale della commessa utilizzata a comprova del requisito è vero che il servizio attestante il possesso del requisito è stato attivato in data antecedente al periodo considerato dalla lex specialis. E' altresì vero che nulla impedisce di considerare il fatturato prodotto e le attività svolte nel periodo in cui la durata del contratto svolto per la Regione Abruzzo e il riferimento temporale della gara indetta dalla Regione Sardegna coincidono.

La Mandataria ha svolto la funzione di Organismo Intermedio. Come è noto, un organismo intermedio può realizzare, in relazione a quanto previsto nello specifico contratto di delega, tutte le attività proprie dell'Autorità di Gestione, dalla selezione degli interventi e dei beneficiari fino al controllo di primo livello sulle spese sostenute e all'erogazione delle quote di finanziamento.

E' vero quanto affermato dalla difesa della controinteressata nella già citata memoria (a pagina 28) e cioè che dal punto di vista operativo risulta evidente come le attività svolte da un soggetto aggiudicatario di un servizio di assistenza tecnica siano sostanzialmente le medesime realizzate da un soggetto qualificato come organismo intermedio, laddove nella seconda fattispecie risulta anche presente una delega effettiva di funzione e poteri, assente nel caso di assistenza tecnica.

18. Con il quarto motivo il ricorrente RTI ha sostenuto che il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti con esso gravati sono illegittimi anche in virtù della indebita commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di attribuzione dell'offerta tecnica in cui è incorso il controinteressato e per la nullità del contratto di avvalimento intercorrente tra la mandataria Kpmg Advisory S.p.a. e la mandante Cogea S.r.l.

Il motivo è infondato.

Intanto, l'art. 89 del Codice dei contratti pubblici, al comma 1, dispone che, relativamente all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Pertanto non sussiste alcuna commistione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica perché in perfetta aderenza al disposto dell'art. 89, l'impresa ausiliaria ha assunto l'impegno di mettere a disposizione le figure professionali dedicate specificatamente alle prestazioni oggetto di avvalimento.

Il contratto poi non è affatto generico.

Gli elementi essenziali (il valore del requisito di capacità tecnica messo a disposizione, le risorse umane prestate con le relative professionalità, l'elenco dei beni, il patrimonio di esperienza) sono chiaramente indicati nel contratto.

19. Si può quindi passare ad esaminare il sesto motivo posto che il quinto consisteva in una istanza ex art. 116 c.p.a. divenuta improcedibile per la sopravvenuta ostensione degli atti richiesti all'amministrazione.

Con il primo motivo aggiunto (sesto motivo complessivo) il ricorrente ha sostenuto che il RTI aggiudicatario non ha trasmesso alcun documento inerente la commessa eseguita per la regione Abruzzo, precludendo alla

Stazione appaltante di verificare l'effettiva sussistenza del relativo requisito di capacità tecnico-professionale speso in gara.

Anche tale motivo è infondato.

L'aggiudicatario ha inviato la documentazione relativa alla commessa eseguita presso la Regione Abruzzo (documento 16 produzioni della Regione).

Per il resto, valgono a ritenere infondata la censura le argomentazioni già esposte in sede di esame del terzo motivo di ricorso.

20. Stessa sorte spetta al settimo motivo posto che, si ribadisce, l'aggiudicatario ha inviato la documentazione relativa alla commessa eseguita presso la Regione Abruzzo.

21. Con il terzo dei motivi aggiunti (ottavo motivo complessivo) il ricorrente ha sostenuto che il RTI controinteressato ha presentato un Gruppo di lavoro insufficiente a dimostrare il possesso di quei requisiti di esperienza professionale minimi ed obbligatori previsti sulla base del combinato disposto dell'art. 3, lett. f) del disciplinare di gara e dell'art. 6.3 del capitolato tecnico.

Anche tale motivo è infondato tenuto conto che il ricorrente, in questo caso, tende a sostituire propri personali apprezzamenti e proprie valutazioni alle valutazioni compiute dall'Amministrazione.

A ben vedere le contestazioni del ricorrente si appuntano su singoli componenti del gruppo di lavoro presentato dall'aggiudicataria.

Analizzandoli ad uno ad uno si vede come la censura sia infondata.

21.1. Punto 1) componente Avv. Cristiano Ereddia.

Egli è iscritto all'Albo degli Avvocati del Consiglio dell'Ordine di Roma a far data dal 2004.

Che il praticantato non costituisca a tutti gli effetti esercizio di attività professionale, è affermazione perlomeno imprecisa e comunque non conferente rispetto alla costituzione del gruppo di lavoro per l'appalto qui esaminato.

Il ricorrente richiama la Legge professionale n. 247/2012 ma è proprio quella che legittima la posizione dell'avvocato Ereddia.

Il tirocinio non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato. Questo però non significa che non sia stata svolta un'attività professionale che, difatti, può essere retribuita.

L'art. 41 comma 11 della L. 247/2012 così recita: "*Il tirocinio professionale non determina di diritto l'instaurazione di rapporto di lavoro subordinato anche occasionale. Negli studi legali privati, al praticante avvocato è sempre dovuto il rimborso delle spese sostenute per conto dello studio presso il quale svolge il tirocinio. Ad eccezione che negli enti pubblici e presso l'Avvocatura dello Stato, decorso il primo semestre, possono essere riconosciuti con apposito contratto al praticante avvocato un'indennità o un compenso per l'attività svolta per conto dello studio, commisurati all'effettivo apporto professionale dato nell'esercizio delle prestazioni e tenuto altresì conto dell'utilizzo dei servizi e delle strutture dello studio da parte del praticante avvocato. Gli enti pubblici e l'Avvocatura dello Stato riconoscono al praticante avvocato un rimborso per l'attività svolta, ove previsto dai rispettivi ordinamenti e comunque nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente*".

Inoltre, ai sensi del comma 12 "*Nel periodo di svolgimento del tirocinio il praticante avvocato, decorsi sei mesi dall'iscrizione nel registro dei praticanti, purché in possesso del diploma di laurea in giurisprudenza, può esercitare attività professionale in sostituzione dell'avvocato presso il quale svolge la pratica e comunque sotto il controllo e la responsabilità dello stesso anche se si tratta di affari non trattati direttamente dal medesimo, in ambito civile di fronte al tribunale e al giudice di pace, e in ambito penale nei procedimenti di competenza del giudice di pace, in quelli per reati contravvenzionali e in quelli che, in base alle norme vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51, rientravano nella competenza del pretore*".

21.2. Punto 2) componente Dott.ssa Emanuela Collini.

L'attività oggetto dell'incarico conferito alla dott.ssa Collini per la S.O.S. S.r.l relativo alla realizzazione del progetto Laboris era sicuramente riferibile alla materia dell'assistenza tecnica di un progetto cofinanziato dal FSE e tanto basta per ritenere infondata la censura.

21.3. Punto 3) componenti Dott.ssa Elisabetta Pintor, componente Pierpaolo Giambelluga e componente dott.ssa Anna Maria Cacciarru.

La dottoressa Pintor (lo stesso è a dirsi per gli altri componenti menzionati che sono in posizione analoga) ha comprovato i requisiti di capacità tecnico-professionale dichiarati in gara con il contratto sottoscritto con la TIM&O del 27.8.08 nell'ambito dell'attività di consulenza professionale che quest'ultima ha svolto in favore della Reconta Ernst & Young relativamente al "Servizio di Assistenza Tecnica e Supporto alla struttura delle attività connesse ai controlli II livello e alla dichiarazione a conclusione dell'intervento POR Sardegna 2000-2006 e del Programma Leader - Sardegna".

Come correttamente osservato dalla difesa della controinteressata (pagina 22 della memoria depositata il 19 novembre 2018) i POR 2000-2006 comprendevano, dunque, le attività finanziate dal FSE per cui l'attività di assistenza tecnica descritta dall'esperta e prestata in ambito POR Sardegna 2000-2006 è rivolta in modo trasversale a tutti i Fondi e di conseguenza anche al FSE.

22. Il ricorso è, in definitiva, fondato e deve essere accolto.

23. Le spese, vista la assoluta particolarità e novità delle questioni sottoposte al Collegio, possono essere integralmente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

accoglie e per l’effetto annulla gli atti impugnati come esposto in motivazione.

Dichiara improcedibile la domanda proposta ai sensi dell’art. 116 c.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Gianluca Rovelli	**Dante D'Alessio**

IL SEGRETARIO