

Pubblicato il 22/07/2019

N. 09781/2019 REG.PROV.COLL.

N. 04149/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4149 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Pricewaterhousecoopers Advisory S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Fabio Baglivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna 40;

contro

Agea - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ey Advisory S.p.A., Ey S.p.A., Consedin S.p.A., Creasys S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Angelo Clarizia, Andrea Bonanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

COGEA Consulenti per la Gestione Aziendale S.r.l., Business Integration Partners S.p.A., Autorità Nazionale Anticorruzione non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

– della determinazione n. 3 del 21 marzo 2019 di AGEA – Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura – nelle parti in cui ha disposto l'annullamento d'ufficio della propria precedente determinazione n. 1 del 4 febbraio 2019 recante l'aggiudicazione definitiva, in favore della odierna ricorrente, dei servizi di assistenza tecnica all'Organismo Intermedio dell'Autorità di Gestione e all'Organismo Intermedio dell'Autorità di Certificazione; - di tutti gli atti presupposti richiamati nella menzionata determinazione n. 3 del 21 marzo 2019, ivi compresi il verbale della Commissione giudicatrice del 12 marzo 2019, il provvedimento del RUP prot. n. 8700 del 21 marzo 2019 e la nota prot. n. 27054 del 21 marzo 2019, in tutte le parti che costituiscono presupposto del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione definitiva; - con riferimento al primo motivo di ricorso, delle clausole della lex specialis contenute all'art. 16.3, pag. 30, del Disciplinare di gara (“Successivamente verrà effettuata la riparametrazione dei punteggi attribuiti. Verrà poi verificata la eventuale applicabilità della clausola di sbarramento di cui all'ultimo capoverso del par. 16.1”) e all'art. 19, pag. 32, dello stesso Disciplinare (“La Commissione procederà alla quantificazione dei punteggi, incluse riparametrazioni e verifiche del superamento ovvero del mancato superamento della soglia di 3 sbarramento”), ove interpretate nel senso di imporre la verifica della soglia tecnica di sbarramento prevista al paragrafo 16.1 facendo riferimento ai punteggi tecnici riparametrati e non ai punteggi tecnici effettivi attribuiti ai concorrenti dalla Commissione; - del passaggio di pag. 11 delle Linee Guida ANAC n. 2 (“Ai fini della

verifica di anomalia la stazione appaltante fa riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni”), ove interpretato nel senso di imporre il riferimento, anche nell'ambito della verifica della soglia tecnica di sbarramento, ai punteggi già riparametrati e non a quelli effettivi assegnati dalla Commissione giudicatrice; - dei verbali del 12, 19, 26, 28, 29 e 30 novembre 2018 e del 5, 12 e 14 dicembre 2018, in tutte le parti in cui hanno riconosciuto al RTI COGEA due punti per il criterio tecnico C3 e 6 punti per il criterio tecnico C6, conseguentemente attribuendo allo stesso raggruppamento punteggi tecnici superiori rispetto a quelli dovuti; - di ogni altro atto preordinato, consequenziale e/o comunque connesso, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento controinteressato, ove già intervenuta; **NONCHÉ PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA**

del contratto di appalto eventualmente già stipulato con il nuovo soggetto individuato quale aggiudicatario, dando, sin da ora, espressa disponibilità al subentro in detto contratto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati l'11 aprile 2019:

- oltre che di tutti gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo, anche, in via derivata, della determinazione del Direttore dell'Ufficio Monocratico n. 4 del 4 aprile 2019, comunicata con la nota del RUP n. 33763 dell'8 aprile 2019, con cui AGEA – Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura ha disposto l'aggiudicazione, in favore del RTI capeggiato da EY Advisory S.p.A., della procedura aperta per l'affidamento di servizi di assistenza tecnica all'Organismo Intermedio dell'Autorità di Gestione e all'Organismo Intermedio dell'Autorità di Certificazione;
- di tutti i passaggi della menzionata determinazione n. 4 del 2019, ivi compresi quelli che sanciscono la presenza nella nuova graduatoria finale del RTI COGEA S.r.l. – Business Integration Partners S.p.A., illegittimamente riammesso alla procedura e

illegittimamente considerato nel ricalcolo dei punteggi che ha condotto AGEA all'annullamento della precedente aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente;
- di tutti gli atti richiamati nella determinazione n. 4 del 2019, ivi compresi il verbale della seduta pubblica del 27 marzo 2019, convocata a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, e la nota del RUP prot. n. 8701 del 2 aprile 2019, con cui è stato approvato tale ultimo verbale;

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA

del contratto di appalto eventualmente già stipulato con il nuovo soggetto individuato quale aggiudicatario, dando, sin da ora, espressa disponibilità al subentro in detto contratto.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da EY ADVISORY S.P.A. il 30 aprile 2019 :

per il rigetto del ricorso proposto dalla PriceWaterhouseCoopers Advisory s.p.a. r.g. n. 4149/19 e per l'annullamento degli atti di gara, meglio elencati, nella parte in cui non è stato attribuito alla ricorrente il minor punteggio derivante dalle ragioni di doglianza dedotte.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Agea - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura, di Ey Advisory S.p.A., di Consedin S.p.A. e di Creasys S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2019 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone la ricorrente di aver preso parte, insieme ad altre concorrenti, alla procedura indetta con bando n. 67222 del 22 agosto 2018 per l'affidamento triennale dei “*servizi di consulenza professionale e supporto specialistico nell'ambito delle funzioni di gestione e certificazione, nonché di controllo amministrativo di primo livello e controllo di qualità su sistemi di controllo oggettivo da effettuarsi in relazione alle operazioni finanziate nell'ambito del Programma operativo I del Fondo Europeo per gli Aiuti agli Indigenti (FEAD)*” per un importo a base d'asta di euro 5.046.000,00 e metodo di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 70 punti massimi per l'offerta tecnica e di 30 punti massimi per l'offerta economica.

Aperte le buste tecniche, veniva esclusa dalla gara l'offerta del raggruppamento temporaneo COGEA Srl, che non aveva raggiunto la soglia tecnica di sbarramento prevista dall'art. 16.1 del Disciplinare di gara (50/70).

Il raggruppamento non contestava l'esclusione e lasciava decorrere il termine per il ricorso.

La gara proseguiva tra i concorrenti rimasti, le offerte tecniche delle quali superavano la soglia predetta e venivano ammesse alla fase successiva di apertura delle offerte economiche.

All'esito dell'attribuzione dei relativi punteggi, la odierna ricorrente PricewaterhouseCoopers Advisory si posizionava al primo posto della graduatoria (93 punti complessivi), precedendo il raggruppamento guidato da EY Advisory (92,86 punti complessivi).

Con determinazione n. 1 del 4 febbraio 2019, AGEA disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore dell'odierna ricorrente.

Tale ultimo provvedimento veniva impugnato da Ey Advisory con ricorso R.G. 2798/2019 notificato il 5 marzo 2019, col quale lamentava (I motivo) l'erroneità del punteggio tecnico della controinteressata, (II motivo) l'omessa esclusione dei

giustificativi presentati per il giudizio sull'anomalia in quanto sottoscritti da soggetto non abilitato ed infine (III motivo) in subordine, erroneità del calcolo del punteggio perché la soglia di sbarramento era stata applicata ai punteggi non ancora riparametrati.

Evidenzia la ricorrente che, a distanza di appena 7 giorni dalla ricezione del ricorso, e segnatamente il 12 marzo 2019, la Commissione si riuniva al dichiarato fine di intervenire in autotutela sugli esiti della gara, esprimendo adesione alla terza censura contenuta nel ricorso promosso da EY Advisory che era volta ad ottenere la riammissione del RTI COGEA, e la conseguente apertura anche della relativa busta economica.

La Commissione riteneva che la clausola della *lex specialis* relativa alla riparametrazione dei punteggi tecnici avrebbe dovuto essere interpretata nel senso di imporre la verifica del superamento o meno della soglia tecnica di sbarramento di cui all'art. 16.1 facendo riferimento ai punteggi già riparametrati e non a quelli effettivi assegnati al concorrente, come avvenuto in precedenza.

La Commissione assegnava al RTI COGEA (sulla base dei valori riparametrati) un punteggio di 52,01 che quindi superava la soglia di sbarramento di cui all'art. 16.1 del Disciplinare, con conseguente asserito obbligo di apertura della busta economica e di ricalcolo di tutti i punteggi di tutti i concorrenti.

La Stazione appaltante, con determinazione n. 3 del 21 marzo 2019 (non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento), approvava le nuove determinazioni della Commissione e disponeva l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva precedentemente disposta in favore dell'odierna ricorrente.

Il 27 marzo 2019 veniva convocata la nuova seduta pubblica deputata all'apertura dell'offerta economica del RTI COGEA il ribasso della quale (50,45 %) risultava la migliore offerta economica (PricewaterhouseCoopers aveva offerto il 49,20%).

Il ricalcolo dei punteggi produceva così le due seguenti nuove posizioni al vertice della graduatoria: 1) RTI Ey Advisory: 97,95 punti; 2) PricewaterhouseCoopers Advisory: 97,94 punti.

Pur non risultando ancora adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore del RTI EY Advisory, la PricewaterhouseCoopers Advisory impugna l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in proprio favore e gli altri atti elencati in epigrafe, deducendo le seguenti ragioni di censura.

I) Violazione, falsa applicazione dell'art. 95, comma 8, del codice dei contratti pubblici e delle finalità sottese alla soglia tecnica di sbarramento – violazione del paragrafo 16.1 del disciplinare di gara – eccesso di potere per manifesta contraddittorietà

Secondo la ricorrente, che richiama plurimi precedenti di giurisprudenza, atteso che la previsione di una soglia tecnica di sbarramento (ovviamente ragionevole nel suo "ammontare") non solo è legittima, ma risponde alla precipua finalità di consentire alla Stazione appaltante una verifica in ordine alla effettiva capacità delle offerte di raggiungere uno standard minimo di qualità, la stessa soglia di sbarramento non potrebbe essere valutata dalla Stazione appaltante facendo riferimento ai punteggi riparametrati. Tale esigenza presiederebbe anche allo svolgimento delle varie fasi della gara, come la verifica dell'anomalia.

Ne deriverebbe che, dovendosi fare riferimento ai punteggi originali e non riparametrati (che avevano determinato il mancato superamento della soglia di sbarramento da parte del RTI COGEA), il raggruppamento COGEA avrebbe dovuto rimanere escluso dalla successiva fase della procedura, con conseguente necessità di non considerare la relativa offerta economica.

In questo caso, come da tabella riportata in atti, in caso di riparametrazione di tutti i punteggi – ma con conferma, come visto, dell'esclusione del RTI COGEA – la graduatoria finale sarebbe la seguente:

1) PricewaterhouseCoopers Advisory: punti 98,69;

2) RTI EY Advisory: punti 98,66.

Parte ricorrente si sofferma poi sulla interpretazione degli artt. 16.1 e 19 del disciplinare evidenziando che quest'ultimo non obbligherebbe – come invece ritenuto dalla Commissione – all'applicazione della soglia di sbarramento ai punteggi come riparametrati.

In subordine, impugna il disciplinare in parte qua, chiedendone l'annullamento, così come anche chiede l'annullamento delle Linee Guida ANAC n. 2 pag. 11 nella parte in cui così recitano: “Ai fini della verifica di anomalia la stazione appaltante fa riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni, sempre nella ipotesi in cui detto passaggio possa costituire – anche in virtù del richiamo, pur generico, alle stesse Linee Guida Anac n. 2 compiuto nel verbale del 12 marzo 2019 – un fondamento per estendere anche alla verifica della soglia tecnica di sbarramento l'indicazione (erronea) fornita dall'ANAC con riguardo alla soglia di anomalia.

Pertanto, i medesimi profili di illegittimità sopra riferiti, sono da intendersi integralmente riproposti avverso le Linee Guida, con l'unica aggiunta che, “trattandosi pacificamente di linee guida ‘non vincolanti’ (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del nuovo ‘Codice dei contratti’, le Linee Guida ANAC n. 2 non potrebbero comunque risultare in nessun modo idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara” (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026).

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici.

Fermo quanto precede, rileva la ricorrente che il provvedimento di autotutela di AGEA si fonda sulla riammissione alla gara, dopo la già intervenuta aggiudicazione

definitiva, di un concorrente escluso per mancato superamento della soglia tecnica di sbarramento e sulla conseguente pretesa di far derivare da tale riammissione postuma effetti di ricalcolo dei vari punteggi di gara.

Sarebbe così violato il principio di invarianza di cui all'art. 95, comma 15, del Codice. Principio che, anche ammettendo che la riammissione del RTI COGEA possa considerarsi legittima, escluderebbe in ogni caso che da tale riammissione – successiva all'aggiudicazione definitiva – possa discendere l'effetto di rimettere in discussione i punteggi assegnati ai concorrenti rimasti in gara e, con essi, la precedente aggiudicazione definitiva disposta in favore della odierna ricorrente.

La giurisprudenza considera tale norma a valenza generale, volta a coniugare le esigenze di tutela giurisdizionale con l'interesse pubblico ad una sostanziale "impermeabilizzazione" degli esiti della gara rispetto a modifiche sopravvenute della compagine dei concorrenti ammessi.

Se, dunque, la soglia di anomalia, una volta determinata, non può essere modificata per effetto di successive variazioni della platea dei concorrenti, a maggior ragione la modifica postuma deve essere esclusa per i valori numerici prodromici al calcolo della soglia medesima, a cominciare proprio dall'assegnazione dei punteggi economici, trattandosi, come già puntualmente rilevato dal Giudice Amministrativo, di passaggi direttamente presupposti rispetto alla soglia in questione.

Nella fattispecie in esame, l'applicazione del principio di invarianza sarebbe risultato doveroso quantomeno per due ulteriori ragioni.

In primo luogo, il preteso ricalcolo dei punteggi si è determinato per effetto di una riammissione di un concorrente intervenuta successivamente all'aggiudicazione definitiva.

In secondo luogo, nella fattispecie in esame la riammissione ha riguardato un soggetto terzo rispetto ai due operatori economici che si contendono la gara; il ricalcolo dei punteggi qui contestato ha attribuito a tale soggetto terzo, che non ha

neppure impugnato a suo tempo la propria esclusione, peso decisivo rispetto alla graduatoria finale ridefinita in esito alla determinazione n. 3 del 2019.

III. Violazione, falsa applicazione della tabella a contenuta nell'art. 16.1 del disciplinare – violazione, falsa applicazione dell'art. 7 del capitolato speciale.

Il procedimento di riesame avviato dalla Commissione, essendo incentrato sulla riammissione del RTI COGEA, avrebbe dovuto riguardare un ulteriore profilo dell'offerta tecnica di tale raggruppamento emerso a chiare lettere nel verbale del 12 novembre 2018 e che, ove doverosamente valutato, avrebbe precluso qualsiasi superamento della soglia di sbarramento tecnica, anche ipotizzando di utilizzare i punteggi riparametrati.

In relazione alla valutazione del subcriterio C5 – “conformità requisito esperienza per operativo di gruppo” – emerge dal verbale il rilievo della Commissione secondo cui “uno dei componenti operativi indicato nell'offerta tecnica presentata dall'ATI COGEA per i controlli amministrativi non possiede il requisito di esperto con almeno tre anni di esperienza nella funzione di *controller* o auditor in materia di fondi strutturali o assimilati con particolare riferimento a precedenti incarichi di supporto alle autorità di un programma operativo nella programmazione comunitaria 2007-2013 finanziate con risorse attribuibili alla assistenza tecnica del programma stesso”. La corrispondente griglia di sottopunteggio contenuta nella Tabella A di pag. 29 del Disciplinare prevedeva per il criterio C3 <<Numero minimo di risorse ”>> un punteggio tabellare minimo di zero e un punteggio massimo di due.

Posto che, sempre secondo la Commissione nel medesimo verbale ““i punteggi oggetto di valutazione tabellare sono determinati dalla presenza o meno del requisito minimo e, pertanto, vengono quantificati nella misura minima se il requisito è assente o nella misura massima se il requisito è presente, senza quantificazione intermedia”, con riferimento al criterio C3, al concorrente sarebbero spettati due punti in caso di numero minimo di risorse nel gruppo operativo B conforme a quello

(due) indicato nella tabella contenuta all'art. 7 del Capitolato, ovvero zero punti in caso di indicazione di un numero minimo di risorse effettivamente compatibili con la definizione di tale gruppo operativo inferiore al numero minimo previsto (due). Ai sensi dell'art. 7 del Capitolato, per poter essere inclusi nel "gruppo controlli" della Struttura Controlli Amministrativi gruppo di lavoro B (per cui sono previste risorse in numero minimo di 2), bisogna essere esperti "con almeno tre anni di esperienza nella funzione di controller o auditor in materia di fondi strutturali o assimilati (ad esempio Fondo Europeo della Pesca) con particolare riferimento a precedenti incarichi di supporto alle Autorità di un Programma Operativo nella programmazione comunitaria 2007-2013 finanziate con risorse attribuibili alla assistenza tecnica del Programma stesso".

Poiché una delle risorse indicate dal RTI COGEA era pacificamente priva dei requisiti richiesti dalla sopra menzionata definizione, come emerge dal verbale del 12 novembre 2018, la stessa non poteva concorrere a determinare il raggiungimento del numero minimo valutato con criterio C3.

Ciò nonostante, la Commissione ha preso atto della criticità da essa stessa evidenziata a verbale soltanto all'atto di valutare il criterio C5 ("Conformità requisito esperienza per operativo di gruppo"), con riferimento al quale ha assegnato al RTI COGEA il punteggio di zero, ma non anche all'atto di attribuire il sotto punteggio di cui al Criterio C3 ("Numero minimo di risorse operativo di gruppo"), per il quale ha riconosciuto il punteggio massimo di due punti; finendo, così, per considerare la risorsa sopra indicata comunque rientrante a pieno titolo nel gruppo operativo del RTI COGEA sebbene la stessa difettesse di uno dei requisiti fondamentali previsti all'art. 7 del Capitolato e non fosse dunque qualificabile quale membro del "gruppo operativo", ai sensi della legge di gara.

Se, come doveroso, la Commissione avesse invece riconosciuto all'offerta tecnica del RTI COGEA zero punti per il criterio C3, quest'ultima non avrebbe mai

raggiunto la soglia minima di 50 punti neppure ipotizzando di considerare i punteggi riparametrati, fermandosi a 49,83 punti; inoltre, analoga illegittimità avrebbe riguardato anche il punteggio tecnico riconosciuto allo stesso RTI COGEA per il criterio C6, corrispondente alla “Conformità requisito abilitazione professionale per esperto”.

Nella seduta del 14 dicembre 2018, infatti, la Commissione segnalava espressamente al RUP la necessità “nel caso di aggiudicazione della gara all’ATI COGEA” di acquisire copia dell’attestazione che comprovi il necessario aggiornamento professionale certificato in tema di nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 50/2016)” da parte della risorsa individuata “quale Professionista Esperto Controlli Amministrativi – Gruppo B”.

Ciò in quanto all’art. 7 del Capitolato, si definisce “Professionista Esperto” il “Professionista iscritto all’albo degli avvocati o dei dottori commercialisti con almeno 3 anni di esperienza specifica in materia di contratti pubblici, che abbia effettuato il necessario aggiornamento professionale certificato in tema di nuovo codice appalti (D.Lgs. n. 50/2016)”.

Per il corrispondente criterio C6 (“Conformità requisito abilitazione professionale per esperto”) erano previsti, con la medesima logica tabellare di cui sopra, un minimo di zero punti (in caso di non integrale soddisfazione del livello di abilitazione richiesto) e un massimo di sei punti (in caso di integrale soddisfazione del livello di abilitazione richiesto), senza possibilità di punteggi intermedi,

l’RTI COGEA si è visto inspiegabilmente attribuire il punteggio massimo di 6 punti per il Criterio C6, senza che sia stata compiuta la benché minima verifica rispetto al profilo sollevato dalla Commissione. Dall’esame del curriculum, infatti, non emergerebbe il possesso di specifiche certificazioni sul punto, né la comprovata esperienza in tema di nuovo codice appalti (D.Lgs. 50/2016).

Nella descrizione generale del profilo, infatti, si compie generico riferimento ad esperienza maturata a supporto dell'attivazione e della gestione delle procedure di appalto, ma nella sezione dedicata alla Istruzione e Formazione e alla Didattica ed Aree di Ricerca non v'è traccia di certificazioni in tema di nuovo codice appalti, secondo quanto invece richiesto ai fini della valutazione del Criterio C6. In caso di attribuzione anche per la voce C6 del punteggio di zero, l'offerta del RTI COGEA – sempre volendo considerare i punteggi riparametrati – si arresterebbe alla soglia ancor più bassa di 43,29: e dunque non supererebbe la soglia tecnica di sbarramento anche considerando i punteggi riparametrati.

IV. In via subordinata: violazione, falsa applicazione, dell'art. 7 della legge n. 241/1990

Da ultimo, e in via espressamente subordinata rispetto ai motivi di ricorso che precedono, viene dedotta anche la violazione dell'art. 7 della Legge n. 241/1990, avendo la Stazione appaltante annullato d'ufficio l'aggiudicazione definitiva in precedenza adottata in favore dell'odierna ricorrente senza comunicarle, in via preventiva, l'avvio del relativo procedimento di secondo grado.

Con motivi aggiunti è stata poi impugnata la determinazione del Direttore dell'Ufficio Monocratico n. 4 del 4 aprile 2019, comunicata con la nota del RUP n. 33763 dell'8 aprile 2019, con cui AGEA – Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura ha disposto l'aggiudicazione, in favore del RTI capeggiato da EY Advisory S.p.A., della procedura aperta per l'affidamento di servizi di assistenza tecnica all'Organismo Intermedio dell'Autorità di Gestione e all'Organismo Intermedio dell'Autorità di Certificazione avverso la quale vengono riproposte le medesime argomentazioni di censura.

L'Agea, costituitasi, resiste al ricorso ed ai motivi aggiunti dei quali chiede il rigetto, deducendo quanto segue.

Quanto al primo motivo, premette che, nell'ambito della redazione del disciplinare di gara, alle Stazioni Appaltanti è consentito di prevedere un livello qualitativo minimo per il punteggio che le offerte tecniche devono ottenere in ordine a determinati criteri. La previsione di soglie di sbarramento, come ricorda la stessa ricorrente, è finalizzata a garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con la conseguenza di comportare l'esclusione di una proposta - in astratto conveniente sotto il profilo economico - in ragione della sua non conformità a determinati standard minimi fissati in sede di *lex specialis*. La previsione di un livello qualitativo minimo impone alla Stazione Appaltante di specificare, nel disciplinare di gara, se tale valore debba essere raggiunto prima o dopo la c.d. riparametrazione, quale meccanismo di calcolo del punteggio da attribuire alle componenti dell'offerta tecnica, volto a ripristinare il corretto rapporto prezzo/qualità e ad evitare anomale restrizioni alla concorrenza, nonché lesioni al principio di massima partecipazione. Nel caso di specie, il disciplinare sarebbe esplicito nel prevedere che l'operazione di riparametrazione - contrariamente a quanto sostenuto dalla parte ricorrente - deve essere effettuata prima della verifica dell'applicazione della soglia di sbarramento. Ciò, peraltro, in conformità alle previsioni del Bando tipo redatto dall'ANAC, al quale la Stazione appaltante si è ispirata, dove, al paragrafo 21, si specifica che – ove la Stazione Appaltante lo preveda - la Commissione giudicatrice procederà: 1) all'esame ed alla valutazione delle offerte tecniche ed alla assegnazione dei relativi punteggi; 2) alla riparametrazione dei punteggi e 3) alla individuazione degli operatori che non hanno superato la soglia di sbarramento. Peraltro, la previsione di una soglia minima di punteggio per determinati criteri impone alla stazione appaltante di specificare nel bando se tale valore debba essere raggiunto prima o dopo la cd. riparametrazione. La soglia di sbarramento stabilita per le offerte tecniche deve, quindi, essere applicata dopo la riparametrazione dei relativi punteggi, purché, si ribadisce ancora una volta,

la stazione appaltante si sia esplicitamente determinata in tal senso nella lex specialis della procedura di gara, cosa puntualmente avvenuta nella procedura in esame.

Quanto al secondo motivo, evidenzia l'Avvocatura che la ricorrente, nel lamentare l'illegittimità derivante dalla riammissione alla gara di un concorrente escluso dalla procedura – concorrente che, peraltro, non avrebbe neanche contestato l'esclusione – si richiama ad una disciplina che riguarderebbe esclusivamente l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte ed il calcolo di medie nella procedura, inapplicabile al caso di specie, laddove la riammissione del RTI COGEA avrebbe costituito l'inevitabile conseguenza della correzione di un errore nel quale era incorsa la Commissione giudicatrice, errore certamente emendabile alla stregua dei poteri che la legge attribuisce alla Commissione stessa.

In ordine al terzo motivo di ricorso, afferma l'Avvocatura che il sub-criterio C3 si riferisce esclusivamente al numero dei componenti del gruppo di lavoro, mentre il sub-criterio C5- che reca, peraltro, un punteggio sensibilmente più elevato - si riferisce ai "requisiti" che devono possedere i singoli componenti del gruppo e che ineriscono alle competenze professionali necessarie ed essenziali all'attuazione del PO I FEAD, elencate dettagliatamente nell'art. 7 del Capitolato speciale "Composizione qualitativa e quantitativa del team di supporto".

Si tratta, dunque, di due aspetti diversi - ancorché relativi alla valutazione del medesimo criterio di carattere generale - per i quali la Stazione appaltante ha richiesto una distinta e separata valutazione, prevedendo, peraltro, un differente punteggio.

Ne consegue che, contrariamente a quanto assume parte ricorrente, non vi sarebbe stata alcuna incongruenza nella valutazione dei sub-criteri C3 e C5 e nella conseguente attribuzione dei relativi punteggi.

Quanto all'ulteriore profilo dedotto nel terzo motivo, evidenzia l'Avvocatura che l'art. 7 del Capitolato speciale, relativamente al profilo del "Professionista Esperto",

richiede che si tratti di " Professionista iscritto all'albo degli avvocati o dei dottori commercialisti con almeno tre anni di esperienza specifica in materia di appalti pubblici, che abbia effettuato il necessario aggiornamento professionale certificato in tema di nuovo Codice appalti (D. Lgs. 5012016)". L'aggiornamento professionale certificato in tema di nuovo Codice appalti deve essere documentato dal titolo comprovante detta conoscenza, come confermato, peraltro, dalla risposta fornita dal RUP ad uno specifico quesito al riguardo. Dall'analisi del curriculum della professionista proposta dal RTI si evince che la stessa ha " partecipato a differenti corsi di aggiornamento in materia di Codice degli appalti (d.lgs. n, 45012016)", mentre dal curriculum del professionista di altro concorrente al quale non è stata riconosciuta la qualificazione richiesta, risultava dichiarato il solo possesso di una " approfondita conoscenza in tema di nuovo codice appalti ", non già la partecipazione a corsi atti a certificare il " necessario aggiornamento professionale " e per la quale il RUP può chiedere la relativa attestazione.

Non sussisterebbe dunque la disparità di trattamento che, secondo la ricorrente, dimostrerebbe l'erroneità del punteggio assegnato al RTI COGEA.

In ordine al quarto motivo, tutte le società partecipanti alla gara sono state sempre tempestivamente informate delle decisioni adottate dalla Commissione e del relativo iter procedimentale e non sussisterebbe dunque alcuna violazione delle garanzie di procedimento.

Con ricorso incidentale, la EY ripropone le medesime ragioni di censura già dedotte nel ricorso nr. 2798/19 avverso il precedente provvedimento di aggiudicazione e non scrutinate o non condivise dall'Amministrazione nell'autotutela, sostenendo che la PWC avrebbe dovuto comunque ricevere un punteggio inferiore per l'offerta tecnica (I motivo incidentale) o comunque essere esclusa per anomalia dell'offerta non essendo ricevibili le relative giustificazioni per difetto di potere di rappresentanza del sottoscrittore (II motivo).

Più precisamente, con il primo motivo di ricorso incidentale lamenta la manifesta illogicità del punteggio attribuito all'offerta tecnica della (originaria) aggiudicataria PWC s.p.a., in relazione al subcriterio D.1. "Adeguatezza delle modalità proposte per la erogazione dei servizi – Redazione SI.GE.CO."

Espone che l'art. 14 del Disciplinare, nel definire il contenuto della proposta tecnica, stabiliva che "la Relazione contiene una proposta tecnico-organizzativa che illustra, con riferimento ai criteri e subcriteri di valutazione indicati nella tabella di cui al successivo punto 18.1, i seguenti elementi:

3) Descrizione dettagliata delle modalità di erogazione dei seguenti servizi: redazione documento descrittivo del sistema di gestione e controllo degli OO.II. di cui all'art. 28 del Reg. (UE) 223/2014". Proprio tale elemento dell'offerta risultava valorizzato dal richiamato subcriterio D.1, per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio da 0 a 3, sulla base del giudizio espresso dalla commissione ai sensi dell'art. 16 - Tabella B del Disciplinare (ai sensi della quale sono articolati cinque percentuali di punteggio per subcriterio, corrispondenti a 0% per "insufficiente", 30,00% per "scarso", 60,00% per "sufficiente", 80,00% per "buono", e 100% per "ottimo").

L'offerta della PWC nella seduta del 5.12.2018 in relazione al suddetto subcriterio D.1. insieme ad altre due concorrenti, veniva così valutata come di seguito: (esse) "non contengono, relativamente alle modalità di redazione del SIGECO, gli elementi essenziali richiesti dall'art. 28 del Re. (UE) n. 223/2014".

In conseguenza della chiara valutazione espressa, indiscutibilmente negativa, la commissione attribuiva alle altre due concorrenti il giudizio di "scarso" (punteggio 0,9 corrispondente al 30% del punteggio massimo, pari a 3) ma, inspiegabilmente, alla PWC riconosceva il ben più alto punteggio di 2,4, pari al 80% del punteggio massimo e corrispondente alla valutazione "buono".

Tale motivo di illegittimità veniva dedotto nel ricorso proposto avverso l'aggiudicazione in favore della PWC; nonostante il il RUP avesse trasmesso il

ricorso con nota prot. n. 21772 del 11.3.2019 (menzionata nel verbale del 12 marzo 2019), allo scopo di sollecitare la Commissione ad “esprimere le proprie valutazioni in merito ai punti oggetto di contestazione”, quest’ultima ripeteva le valutazioni e confermava la valutazione ed il punteggio originario (verbale del 12 marzo 2019 cit.), rinvenendo, solo ora, la “descrizione dettagliata e strutturata dei compiti e delle funzioni riguardanti la gestione del Programma e la certificazione delle spese, conformemente alla previsione di cui all’art. 28 del Reg. (UE) n. 223/2018” che invece, originariamente, si era indicata come non sussistente. La commissione perviene a tale conclusione affermando che “l’inserimento della ditta PriceWaterhouseCoopers Advisory s.p.a. tra le ditte per le quali “le offerte tecniche presentate [...] non contengono, relativamente alle modalità di redazione del SIGECO, gli elementi essenziali richiesti dall’art. 28 del Re. (UE) n. 223/2014”, costituisce un evidente errore “materiale” che discende da una svista nelle operazioni di verbalizzazione”.

La stessa commissione, quindi, riconosceva la sussistenza di un “errore materiale” nel verbale del 5.12.2018, salvo rinvenirlo non già nella indicazione della percentuale di punteggio non corrispondente alla valutazione (“80%” anziché “30%”, sulla base della citata Tabella B), bensì, implausibilmente, nella stesura della valutazione di merito all’interno del verbale di gara. Secondo la Commissione, il “disallineamento tra quanto riportato nel verbale della seduta del 5 dicembre 2018 e il giudizio di valore (2,4) indicato nella tabella allegata al verbale stesso” sarebbe dovuto a un “errore occorso accidentalmente nell’attività di trascrizione”, ovvero a una “disattenzione nella redazione del testo del verbale che ha dato origine all’errore “materiale”.

La ricorrente incidentale, pertanto, contesta la verosimiglianza di tale errore materiale ed insiste nell’illegittimità dell’assegnazione del punteggio indicato alla controinteressata incidentale, mentre sarebbe del tutto plausibile che, a fronte di una

valutazione corretta e rispondente alla consistenza dell'offerta, sia conseguito, nella redazione della tabella di calcolo dei punteggi, l'erroneo inserimento del valore "80%" in luogo del valore corretto ("30%"), corrispondente alla valutazione espressa. Inoltre, l'illegittima rivalutazione dell'offerta era preclusa non solo dalle oggettive caratteristiche dell'incongruenza rilevata, ma anche dallo stato di avanzamento della procedura di gara. Sottolinea che al momento della impropria rinnovazione dell'esame dell'offerta le offerte economiche erano già state aperte e l'appalto era già stato aggiudicato (sebbene illegittimamente). Richiama il principio che regola la scansione delle fasi valutative, in base al quale "le offerte tecniche devono essere esaminate e valutate in seduta segreta e solo successivamente, in seduta pubblica, devono essere esaminate le offerte economiche: la regola risponde all'esigenza di prevenire il pericolo che gli elementi economici influiscano sulla previa valutazione dell'offerta tecnica" T.A.R. Lazio, II, 23/02/2018, n. 2108).

La stessa nota del RUP prot. n. 21772 11.3.2019, che ha dato impulso al riesame condotto dalla commissione, non aveva in alcun modo autorizzato la commissione a mettere in discussione i giudizi espressi e a riattivare la fase di valutazione delle offerte, confermandosi, anche sotto tale profilo, l'evidente illegittimità, in parte qua, del provvedimento di riesame

In ogni caso, l'attribuzione del punteggio sarebbe immotivata anche con riguardo alla stessa proposta della PWC il cui documento rinvenuto dalla Commissione consisterebbe in una semplice elencazione in forma tabellare dei "principi generali dei Sistemi di Gestione e Controllo" (cfr. par. 2.1.4, tabella a pag. 14), per passare poi alla descrizione, astratta e non contestualizzata, di 3 step operativi ("interventi") che, a partire dall'analisi del sistema in essere (neanche accennata), dovrebbe portare: 1) alla ridefinizione del sistema di gestione e controllo, 2) all'aggiornamento e mantenimento del sistema e 3) all'accompagnamento in occasione di audit da parte degli organismi di controllo (3 pagine in tutto: da pag. 15 a pag. 17). Non si menziona

nessuna fonte normativa rilevante, quali ad esempio il Regolamento di esecuzione del Reg. 223 (citato nella offerta tecnica presentata dall'ATI EY Advisory – EY Spa – Consedin – Creasys) o le Linee guida EGESIF (citati sia nell'offerta presentata dall'ATI EY Advisory – EY Spa – Consedin – ed altro.

Con un secondo motivo incidentale, lamenta l'EY che, in sede di riesame, la Stazione appaltante ha omesso di considerare che, come dedotto con il ricorso R.g. 2798/19, l'offerta di PWC doveva essere esclusa nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia. Avendo PWC formulato un'offerta sospetta di anomalia, la Stazione appaltante richiedeva la presentazione giustificazioni ai sensi dell'art., 97, co. 3 del D. Lgs. n. 50/2016, da fornire perentoriamente ed entro e non oltre 15 giorni. Con nota del 23 gennaio 2019 PWC forniva il richiesto documento giustificativo, che tuttavia risultava sottoscritto da soggetto privo dei relativi poteri e, quindi, del tutto irrilevante e *tamquam non esset*. I giustificativi, infatti, risultano sottoscritti, con firma singola, dal solo procuratore Giovanni Mariani, nella sua qualità di procuratore speciale, giusta procura a rogito del Notaio Filippo Zabban in data 27 gennaio 2015 rep. N. 67243 racc. n. 11763. Tuttavia, la procura speciale, acquisita dall'accesso agli atti, conferisce al Dott. Mariani poteri “affinché in nome e per conto della Società mandante abbia a rappresentare la stessa nelle procedure di affidamento di contratti pubblici [...] b) Da esercitarsi con firma congiunta ad un amministratore Presentare e sottoscrivere domande di partecipazione e offerte per importi di offerta economica superiori a Euro 2.000.000 (Duemilioni/00), in qualità di singola società o costituendo RTI [...] fornire le giustificazioni e precisazioni richieste in sede di verifica [...] L'Offerta Economica presentata dalla PwC Advisory S.p.a. per la gara in oggetto ammonta ad Euro 2.563.200,00. Pertanto, il procuratore dott. Mariani poteva sottoscrivere l'offerta, le dichiarazioni e i giustificativi unicamente “con firma congiunta ad un amministratore”, come prevede la stessa procura allegata. A conferma di quanto sopra dedotto, rileva la ricorrente incidentale che l'intera offerta

della PwC Advisory risulta firmata, congiuntamente, dal Dott. Fabiano Quadrelli, nella sua qualità di amministratore delegato e legale rappresentante della Società, unitamente al Dott. Giovanni Mariani, nella sua qualità di procuratore speciale della Società, giusta procura a rogito del Notaio Filippo Zabban in data 27 gennaio 2015 rep. N. 67243 racc. n. 11763.

Sarebbe quindi pacifico che quest'ultimo non aveva il potere di sottoscrivere né l'offerta né i relativi giustificativi (che ne costituiscono esplicitazione e parte integrante). Avrebbe dovuto conseguire l'esclusione dalla gara (anche ai sensi degli artt. 13, comma 1, 19 e 20 del disciplinare), non avendo PwC ottemperato alla richiesta di fornire i giustificativi entro il termine perentorio indicato dalla Stazione appaltante. In tale contesto, la successiva ratifica dell'operato (ancorché documentata in giudizio da PwC) non potrebbe che confermare soltanto l'originaria carenza del potere, insanabile dopo la presentazione delle offerte, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, VI, 18.03.2008, n. 1124; Cons. Stato, V, 09.11.2009, n. 6974; T.A.R. Lazio – Roma, I, 08.05.2014 n. 4802.).

Con propria memoria, inoltre, la EY deduce circa l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso introduttivo dell'odierno giudizio e relativi motivi aggiunti.

Evidenza, preliminarmente, che il Disciplinare imponeva senza possibilità di equivoco l'applicazione della soglia di sbarramento ai punteggi come riparametrati; la PwC avrebbe quindi dovuto insorgere subito contro il bando, mentre invece lo impugna solo nell'odierna sede processuale e quindi tardivamente; inammissibile sarebbe altresì il ricorso in quanto, rivolto a sindacare l'esercizio di una potestà ampiamente discrezionale, correlata alle modalità di apprezzamento di merito dell'offerta e in relazione alla quale non possono configurarsi (e non si configurerebbero nella specie) profili di "irragionevolezza" passibili di sindacato, ancorché estrinseco.

Nel merito, sarebbe altresì errato l'assunto di fondo della tesi di parte ricorrente per argomenti sovrapponibili alle già esposte tesi di AGEA (la riparametrazione dei punteggi e successiva applicazione della soglia di sbarramento non determinerebbe alcuna "distorsione" della valutazione di merito delle offerte, ma costituirebbe, anzi, strumento necessario per garantire il rispetto del rapporto ponderale tra i criteri di valutazione prestabiliti dalla Stazione appaltante) In particolare, la riparametrazione dei punteggi - così come disciplinata dal bando - è preordinata a valutare correttamente il livello qualitativo dell'offerta dopo che la valutazione (relativa) espressa dalla commissione è stata rapportata al parametro proporzionale prestabilito dalla lex specialis (nella specie 70 punti all'offerta tecnica e 30 punti all'offerta economica). La Stazione appaltante, nel momento in cui individua la soglia di sbarramento, sarebbe ben consapevole sia del rapporto ponderale tra i criteri di valutazione qualitativi e quantitativi sia dell'effetto della riparametrazione dei punteggi, volto proprio a ricondurre la valutazione all'interno dei parametri ponderali prestabiliti dalla lex specialis.

Consapevole dell'effetto e della funzione della riparametrazione, la Stazione appaltante ha quindi stabilito di applicare la soglia di sbarramento solo a valle della stessa, così da poter apprezzare l'aspetto qualitativo delle offerte in coerenza con il prestabilito parametro ponderale (70/30)

La coerenza del sistema di riparametrazione sarebbe altresì dimostrata dall'applicazione del metodo aggregativo compensatore, descritto dall'allegato P al D.P.R. n. 207/2010 per il calcolo per l'offerta economicamente più vantaggiosa (che include, in sintesi, la trasformazione della media dei coefficienti attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i commissari in coefficienti definitivi, riportando ad uno la media più alta e proporzionando a tale media massima le medie provvisorie prima calcolate).

Inoltre, la *lex specialis* di gara sarebbe del tutto conforme anche al “Bando Tipo numero 1 del 22 novembre 2017 - Schema di disciplinare di gara per l’affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all’offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo”, adottato dall’A.N.AC. (i cui bandi-tipo, peraltro, sono vincolanti per le stazioni appaltanti, come stabilito dall’art. 71 del D.lgs. n. 50/2016 e riconosciuto anche dalla giurisprudenza, cfr. T.A.R. Puglia – Bari, 01.08.2017, n. 886; T.R.G.A. Trento, 27.02.2018, n. 44 ed è stato, quindi, correttamente e doverosamente applicato dalla Stazione appaltante).

Quanto al secondo motivo di ricorso, eccepisce EY che il riferimento all’art. 95, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016 sarebbe inconferente nel caso di specie, essendo quella norma rivolta a disciplinare la valutazione dell’anomalia dell’offerta, quindi una fattispecie del tutto diversa da quella di cui si discute. La norma introduce infatti il principio di “invarianza della soglia di anomalia” rispetto ad eventuali successive modifiche della platea dei concorrenti, che mira a sterilizzare la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria e che aspirino, una volta noti i ribassi offerti, ad incidere sulla soglia di anomalia.

Nel caso di specie, si sarebbe verificata solamente una regressione procedimentale alla fase di valutazione delle offerte - sebbene consistente nella mera applicazione di meccanismi algebrici - il tutto per mezzo di un doveroso intervento in autotutela (espressione, come è noto, di una potestà ineludibile della P.A. che non può subire limitazioni di sorta).

Quanto al terzo motivo di ricorso, eccepisce EY che il sub-criterio C.3 considera unicamente la rispondenza dell’offerta sotto il profilo del “numero minimo di risorse “operativo di gruppo” (con punteggio massimo di 2 punti). Avendo pacificamente indicato nel gruppo di lavoro un numero di risorse superiore al minimo richiesto

(cfr. Capitolato speciale, art. 7), l'ATI COGEA si è vista correttamente attribuire, automaticamente, il corrispondente punteggio di cui al sub-criterio C.3. (2 punti).

Per contro, all'esperienza maturata dal profilo "operativo" il disciplinare di gara dedica lo specifico sub-criterio di valutazione "C.5 - conformità requisito esperienza per operativo di gruppo", al quale viene attribuito il sub-peso di 6 punti. Ebbene, in relazione al pertinente criterio C.5., l'offerta dell'ATI COGEA si è vista assegnare il punteggio "0", proprio in quanto il profilo proposto "non possiede il requisito di esperto con almeno tre anni di esperienza nella funzione di controller o auditor in materia di fondi strutturali o assimilati con particolare riferimento a precedenti incarichi di supporto alle autorità di un programma operativo nella programmazione comunitaria 2007-2013".

La valutazione dell'esperienza specifica maturata dal profilo curriculare, quindi, si esaurisce nell'ambito dell'apposito sub-criterio C.5. e non abbraccia anche il diverso criterio C.3., finalizzato unicamente a valutare il "numero minimo di risorse" corrispondenti al profilo "operativo di gruppo" (altrimenti l'intera articolazione dei sub-criteri sarebbe del tutto illogica).

In rapporto al parametro C6, la censura secondo cui il profilo curriculare della risorsa proposta dall'ATI COGEA non avrebbe soddisfatto il grado di esperienza richiesto, in quanto "nella sezione dedicata alla Istruzione e Formazione e alla Didattica ed Aree di ricerca non v'è traccia di certificazioni in tema di nuovo codice appalti", sarebbe smentita in fatto dalla circostanza che dall'esame del curriculum della risorsa proposta da COGEA risulta che l'interessata - è iscritta all'Albo dei dottori commercialisti dall'anno 2014 e al registro dei Revisori Contabili Legali al n. 173204 dal 25 luglio 2014; - dal 10/05/2010 al 02/01/2016 (ben oltre i tre anni richiesti) svolge supporto presso varie amministrazioni pubbliche (Ministero del lavoro, Regione Toscana) in materia di controlli sulle procedure di gara e verifica della corretta applicazione del codice degli appalti; - "ha partecipato a differenti corsi di

aggiornamento in materia di codice degli appalti (d.lgs 50/2016)”. PwC trascurerebbe inoltre di considerare che, ai fini dell’applicazione del sub-criterio C.6., la Stazione appaltante, anche con i chiarimenti resi ai concorrenti, ha espressamente stabilito (cfr. verbale di gara del 12.11.2018, punto 6, pag. 2) che “l’aggiornamento professionale certificato in materia di Codice Appalti può essere comprovato” anche “dalla consulenza prestata a soggetti pubblici o privati” (elemento ampiamente presente nel profilo curriculare in esame).

Le parti hanno quindi scambiato memorie e memorie di replica.

In particolare, la ricorrente replica al ricorso incidentale sostenendone l’infondatezza sotto più profili.

Quanto al primo motivo incidentale, eccepisce che fondatamente la Commissione – in sede di riesame del punteggio attribuito volto a verificare esclusivamente la correttezza della descrizione fattuale del contenuto dell’offerta tecnica della PWC e non al rinnovo di alcun giudizio – ha preso atto dell’errore materiale nella stesura originale del verbale; errore che sarebbe confermato dalla sussistenza documentalmente provata, nei documenti tecnici dell’offerta, di tutti gli elementi essenziali richiesti dall’art. 28 del Reg. UE n. 223/2014, essendo presente la descrizione “dei compiti e delle funzioni riguardanti la gestione del Programma e la certificazione delle spese, conformemente alla previsione di cui all’art. 28 del Reg. (UE) n. 223/2014”. Proprio l’esistenza di tale descrizione avrebbe reso evidente l’errore materiale del verbale del 5 dicembre 2018 così facendo venire meno l’apparente contraddittorietà tra tale parte e il giudizio di “buono” già attribuito dalla Commissione nelle tabelle allegate al medesimo verbale, giudizio che dunque sarebbe solo confermato e non attribuito ex novo.

Nel merito del punteggio, le censure di parte ricorrente incidentale volte a sostenerne l’erroneità per avere ecceduto la Commissione nella relativa valutazione (attribuendo un punteggio pari a 2,4 invece che 0,9 come secondo la EY avrebbe dovuto

avvenire), sarebbero inammissibili in quanto rivolte a contestare il merito dell'attività valutativa con una indebita sostituzione nell'assenza di evidenze logiche, manifesta incongruità e simili.

Si tratterebbe di un vero e proprio travalicamento dei limiti di sindacato giurisdizionale, reso lampante dal reiterato utilizzo, da parte della ricorrente incidentale, di giudizi di puro merito (“descrizione astratta e non contestualizzata”), dai pretesi raffronti con il contenuto di altre offerte e, addirittura, dalla individuazione di una specifica soglia di punteggio da attribuire a PWC (0,9 punti) ritenuta da controparte congrua.

In ogni caso, il punteggio sarebbe esatto e congruo rispetto al documento tecnico che la controinteressata incidentale riproduce allegandolo alla propria memoria ed al quale rinvia.

Quanto al secondo aspetto delle censure dedotte con il ricorso incidentale, rileva la PWC che il Consiglio di Amministrazione della Società, con apposita delibera del 25 marzo 2019 (già agli atti come doc. 11), ha ratificato con effetto retroattivo il contenuto di tali giustificazioni, approvandone integralmente il contenuto; in data 3 maggio 2019, in riscontro ad una specifica richiesta della Stazione appaltante, lo stesso documento di giustificazioni già prodotto il 23 gennaio 2019 è stato nuovamente trasmesso sottoscritto anche dall'amministratore, dando atto anche della già intervenuta ratifica dello stesso documento, ad opera del Consiglio di Amministrazione, in data 25 marzo 2019.

La questione, per effetto della suddetta ratifica, appare dunque superata sul piano sostanziale.

Ad ogni modo, il secondo motivo incidentale dovrebbe considerarsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, prima ancora che infondato.

Ai sensi dell'art. 97, comma 5, del codice appalti non prescrive un termine perentorio, ma ordinatorio per la presentazione delle giustificazioni, così che la

tardiva produzione delle giustificazioni richieste dalla Commissione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non può essere dunque autonoma causa di esclusione dalla gara.

In sostanza, secondo il principio di tassatività delle cause di esclusione, l'art. 97 comma 5 è inequivoco nel prevedere che la Stazione appaltante possa escludere “solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4, o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa” ai sensi delle lettere da a) a d) del medesimo comma 5 e dunque non per motivi formali attinenti alla sottoscrizione dei giustificativi o per ritardo nella presentazione degli stessi.

Anche AGEA, con propria memoria, deduce eccezioni ed argomenti volti alla reiezione del ricorso incidentale sovrapponibili evidenziando, tra l'altro che l'errore materiale avrebbe potuto essere facilmente rilevato anche dalla parte ricorrente, che aveva esercitato il diritto di accesso agli atti di gara anche con riferimento alle offerte tecniche.

Parte ricorrente, oltre ad insistere nelle proprie argomentazioni, replica alla pretesa non assimilabilità della riparametrazione con le valutazioni proprie dell'anomalia dell'offerta, affermando che entrambe le fattispecie sarebbero accumulate dall'esigenza di verificare il valore reale delle offerte per comprendere se queste ultime raggiungano il livello tecnico minimo prestabilito (soglia tecnica di sbarramento), ovvero risultino caratterizzate da un livello tecnico ed economico talmente elevato da risultare potenzialmente non sostenibile (soglia di anomalia).

Le predette verifiche, per risultare attendibili, non potrebbero che essere compiute sulla base dei punteggi effettivamente conseguiti e non di quelli incrementati in esito alle operazioni matematiche di riparametrazione.

AGEA, dal canto proprio, resiste al ricorso incidentale sostenendone l'infondatezza con argomenti simili.

Con ulteriori memorie di replica, le parti hanno infine controdedotto alle rispettive argomentazioni difensive.

Nella pubblica udienza del 2 luglio 2019 i procuratori delle parti hanno ulteriormente discusso in ordine alle rispettive tesi e la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

Nell'odierno giudizio le parti controvertono in ordine alla legittimità dei provvedimenti impugnati con i quali la S.A. in esercizio di autotutela ha revocato l'aggiudicazione della gara alla ricorrente e, rinnovando in parte le operazioni di gara, ha concluso la procedura con l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Il Collegio prenderà in esame tutte le questioni dedotte, secondo il loro ordine logico e pregiudiziale.

Sul ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale è infondato e va respinto, dovendo condividersi le tesi difensive della ricorrente e di AGEA in ordine alle due differenti ragioni di censura dedotte.

I) Quanto alla prima (calcolo erroneo dei punteggi tecnici), si osserva che le tesi della ricorrente incidentale sono rivolte a prospettare una incongruenza del punteggio attribuito alla PWC in ordine all'elemento di valutazione discrezionale D1, sia in ordine ad un possibile errore materiale nella redazione del verbale (laddove al rilievo della mancanza dei requisiti essenziali del sistema di gestione e controllo degli OO.II. (SICOGE) di cui all'art. 28 del Reg. (UE) 223/2014 avrebbe dovuto corrispondere il punteggio minimo di 0,9% e quindi sarebbe frutto di errore materiale quello riportato nella misura di 2,4%) sia in ordine ad una illegittima rinnovazione dell'attività valutativa dopo l'aggiudicazione definitiva.

Si tratta di rilievi chiaramente infondati: l'esame del verbale originario (ovvero il verbale unico delle diverse sedute, nella parte relativa alla seduta del 5 dicembre

2018) consente di riscontrare con evidenza che a pag. 4, il terzo capoverso (subito successivo alla tabella con l'indicazione dei sub punteggi del criterio B2) laddove è indicato che “con riferimento alla valutazione del sub-criterio D1 “redazione SIGECO”, la Commissione segnala al RUP che le offerte tecniche presentate dalle società ATI Meridiana... Pricewaterscoopers Advisory, ATI Deloitte & Touche... ed ATI COGEA non contengono, relativamente alle modalità di redazione del SIGECO, gli elementi essenziali richiesti dall'art. 28 del Re. (UE) n. 223/2014”, la Commissione ha operato una mera elencazione di concorrenti, nella quale non è affatto inverosimile che la ricorrente sia stata inclusa per errore, avendo riguardo ai seguenti elementi di fatto.

In primo luogo, l'esame della offerta economica della PWC contiene la puntualmente la richiesta “descrizione delle modalità di erogazione dei servizi” comprensiva della “Redazione del documento descrittivo del sistema di gestione e controllo degli OOII di cui all'art. 28 del Reg. (UE) 223/2014”, che l'elemento D1 era preordinato a valutare; essa contiene la pedissequa individuazione delle “Strutture di AGEA destinatarie del servizio” e sviluppo successivo della descrizione del sistema (“Introduzione al Servizio: elementi di contesto e finalità”; “descrizione del Servizio”, articolata a sua volta in distinti interventi e così via.

EY censura il contenuto di tale scheda, affermando che si tratterebbe di una mera riproposizione decontestualizzata dei contenuti dell'art. 28 cit.; ma, all'evidenza, tale affermazione non concorre a contrastare il punto essenziale della questione ovvero che erroneamente era stata ritenuta la mancanza in sè della relazione SICOGE; in altri termini, è di immediato riscontro il rilievo che la Commissione ha operato, riconoscendo l'inserimento della PWC nel testo dell'elenco di cui al terzo capoverso di pag. 4 del verbale originario come frutto di un errore di trascrizione, dal momento che la premessa di tale capoverso è costituita dalla assenza “degli elementi essenziali richiesti dall'art. 28”, che invece sussistono e sussistevano ab origine.

La contestazione della ricorrente incidentale, laddove invece si rivolge poi a confutare l'idoneità del giudizio valutativo della Commissione, sulla base della ritenuta insufficienza del progetto di PWC, si risolve in una critica di merito amministrativo all'apprezzamento della Commissione che ha natura di giudizio di valore e non può pertanto trovare ingresso nel giudizio di legittimità: invero, la descrizione del progetto contenuta nell'offerta tecnica possiede un contenuto articolato, che non consente di ritenere manifestamente illogico o privo di presupposti, secondo un criterio estrinseco, il punteggio attribuito.

Deve solo soggiungersi che nel verbale unico la Commissione ha puntualmente e condivisibilmente ricordato che i presupposti per la correzione di un errore materiale nella pubblica gara sono simili e sovrapponibili a quelli che presiedono la correzione dell'errore materiale in sede processuale: nel caso di specie, l'errore è facilmente evincibile dalla stesura del verbale (che è del tutto verosimile che sia stato steso ricopiando appunti precedenti, dato che è un documento "unico" che comprende la descrizione delle attività di diversi giorni di sedute sia pubbliche che riservate e che dunque è stato redatto necessariamente ex post) e dal contenuto dei documenti di gara preesistenti alla revisione.

Non giova, quindi, a prospettare come un rinnovato giudizio "di valore" il nuovo operato della Commissione il fatto che essa, nel verbale del 12 marzo 2019 abbia utilizzato termini apparentemente riferibili ad un rinnovo delle valutazioni di giudizio, posto che era chiaramente predeterminato l'ambito e lo scopo della seduta (conformato, del resto, dalla necessità di esaminare il primo motivo del precedente ricorso della EY) nei termini, per l'appunto, di un emendamento di errori materiali nella verbalizzazione (consistenti, nel caso di specie, in un errore di trascrizione, mentre, con riferimento alle altre censure che saranno esaminate a seguire, all'omissione dell'applicazione della soglia ai punteggi come riparametrati).

II) Quanto alla seconda ragione di ricorso incidentale (difetto di sottoscrizione dei giustificativi offerti per valutare la non anomalia dell'offerta), si osserva che la censura, meramente formale, è di agevole definizione, sempre richiamando le puntuali difese della PWC e di AGEA. Invero, il difetto di poteri di firma nella sottoscrizione del documento contenente i "giustificativi" non poteva dar corso ad una esclusione della concorrente per violazione del principio di tassatività delle relative clausole ed anche in considerazione del fatto che il documento era stato puntualmente ripresentato dalla società debitamente sottoscritto da parte dei soggetti muniti di poteri di firma; vero è che tale rinnovazione è avvenuta oltre i termini originariamente prescritti dalla S.A. ma essi non potevano ritenersi a pena di decadenza in assenza di una specifica previsione normativa in tal senso ed incentrandosi l'interesse del procedimento sull'accertamento concreto delle condizioni di anomalia o non anomalia dell'offerta (che nel merito non sono oggetto di contestazione).

Il ricorso incidentale va dunque respinto.

Sul ricorso principale.

Per ragioni di pregiudizialità va prima esaminato il terzo motivo di ricorso, che è rivolto a contestare l'esito della graduatoria finale come risultante dalle operazioni di gara riformulate a seguito dell'autotutela contestata con il primo e secondo motivo. La pregiudizialità di tale motivo deriva dal fatto che un suo eventuale accoglimento determinerebbe l'esito favorevole della correzione della graduatoria a favore della ricorrente, pur tenendo ferma la contestata rinnovazione della gara.

III) Con il terzo, articolato, motivo di ricorso, PWC introduce due distinti profili di censura in ordine al punteggio del RTI COGEA, ognuno dei quali, se accolto, determinerebbe per quest'ultimo un punteggio inferiore alla clausola di sbarramento anche in relazione ai punteggi riparametrati.

III.1) Dei descritti profili, è fondato solamente il primo, con il quale si lamenta l'erroneità del punteggio assegnato per il parametro C3.

Come risulta dal disciplinare, nel relativo subcriterio (incluso tra quelli tabellari, di tipo "on - off", ovvero dipendenti automaticamente dalla presenza o assenza dei rispettivi requisiti, senza apprezzamenti discrezionali) erano previsti due punti ai concorrenti che presentavano un numero minimo di risorse nel gruppo operativo B conforme a quello (due) indicato nella tabella contenuta all'art. 7 del Capitolato; per un numero inferiore di di risorse sarebbe stato attribuito il valore di "zero".

Il RTI COGEA indicava due risorse e otteneva il punteggio 2 (vedasi tabelle allegate al verbale unico, richiamate a pag. 3 e riflettenti i punteggi assegnati nelle sessioni riservate del 19, 26, 28 e 30 novembre 2018).

Nel prosieguo, emergeva - in relazione al parametro sub C5 "conformità requisito esperienza per operativo di gruppo" che una delle due risorse incluse nella valutazione "on" del C3 - il professionista deputato ai controlli amministrativi - non possedeva il requisito di esperto nei termini declinati dal capitolato ("almeno tre anni di esperienza nella funzione di controller o auditor in materia di fondi strutturali o assimilati con particolare riferimento a precedenti incarichi di supporto alle autorità di un programma operativo nella programmazione comunitaria 2007-2013 finanziate con risorse attribuibili alla assistenza tecnica del programma stesso").

In relazione a tale voce di sub criteri veniva attribuito il punteggio di "zero".

Secondo la ricorrente, la mancanza dei requisiti di esperto valida per il subparametro C5 non potrebbe consentire di ritenere integrata la condizione di almeno due risorse per il subparametro C3, con conseguente necessità di attribuzione del punteggio di "zero" anche in tal caso.

Oppongono le resistenti che i due subparametri sono indipendenti l'uno dall'altro e che l'una valutazione non implica necessariamente un collegamento con l'altra.

A giudizio del Collegio, è corretta la tesi di parte ricorrente.

A norma dell'art. 14 del Disciplinare, l'offerta tecnica deve contenere tra i diversi documenti la Relazione tecnica relativa ai servizi indicati nel par. 4 del Capitolato tecnico speciale (da ora in poi Capitolato).

Quest'ultimo, al par. 4, elenca le "caratteristiche e contenuti del Servizio" articolate nelle varie attività ivi descritte, le quali, a norma del successivo par. 7 sono realizzate "dall'aggiudicatario attraverso tre gruppi di lavoro stabiliti da questo costituiti ed assegnati ciascuno ad una struttura di riferimento"; si precisa che "la tabella allegata indica anche le competenze professionali necessarie ed essenziali all'attuazione del PO I FEAD".

La tabella che segue elenca le "risorse minime" alle quali corrispondono i sub criteri della tabella A del Disciplinare (pag. 29 di quest'ultimo).

Infatti, la tabella A del Disciplinare (pag. 29) comprende tra i criteri sub C "Valutazione dei gruppi di lavoro" (per un punteggio max di 25) 6 subcriteri, tutti "tabellari"; di questi, il nr. C1 "numero di risorse "esperto"" per due punti; il nr. C2 è "numero minimo di risorse di gruppo" per tre punti; il nr. C3 è numero minimo di risorse operativo di gruppo" per punti 2; il nr. C4 "Conformità requisito esperienza per coordinatore di gruppo" per punti 6; il nr. C5 è "conformità requisito di esperienza per coordinatore di gruppo" per punti 6; il nr. C6 è "conformità requisito abilitazione professionale per esperto", per punti 6,00.

La tabella del Capitolato al paragrafo 7 prevede - per la corrispondente dotazione del team di supporto - un numero minimo di 2 esperti "con almeno tre anni di esperienza di attuazione di fondi strutturali o assimilati..."

Trattandosi di subparametri "tabellari", è evidente che in entrambe le voci contestate (C3 e C5) il relativo punteggio avrebbe dovuto conseguire solo nella riscontrata presenza del numero minimo di risorse, così come qualificate (ed identificate) nel Capitolato e dunque il subparametro C3 poteva consentire l'applicazione dei due

punti solo in presenza di (almeno) due risorse in possesso dei requisiti di esperienza e qualificazione descritti dal Capitolato.

Essendo riscontrato - sia pure in occasione dell'attribuzione del punteggio di cui al C5 - che una delle due risorse prospettate nell'offerta tecnica del RTI COGEA e valutate come "on" nel C3, non possedeva tali requisiti, la relativa voce di punteggio avrebbe dovuto essere "zero" e non "due".

Peraltro, a conferma del rilievo, correttamente la ricorrente evidenzia che a pagina 2 del verbale di gara relativo alle sedute del 12, 19, 26, 28, 29 e 30 novembre 2018, si precisa che le esperienze qualificanti per il profilo coordinatore/operativo (la risorsa di cui si discute è un profilo operativo) per la programmazione 2007-2013 avrebbero dovuto essere pari almeno al 50% dell'esperienza complessiva richiesta dal Capitolato (in tutto 3 anni, quindi 1,5 anni sulla programmazione 2007-2013).

Dal curriculum della risorsa (doc. 17 EY) e dalla stessa elencazione contenuta nella memoria avversaria, tuttavia, si evince chiaramente che le esperienze ascritte alla programmazione comunitaria 2007-2013 si riferiscono soltanto a 12 mesi (secondo, terzo e quarto punto dell'elenco) e non ai 18 mesi (1,5 anni) minimi richiesti.

Nessun dubbio, pertanto, sul fatto che la risorsa in esame non vantasse i requisiti minimi richiesti e, conseguentemente, non potesse consentire di ritenere raggiunto il numero minimo di risorse (due) necessario ai fini dell'attribuzione del sotto punteggio massimo della risorsa C3 (due punti).

Da respingersi quindi la contraria tesi difensiva della controinteressata EY secondo la quale l'inadeguatezza del profilo in esame rilevarebbe soltanto ai fini del diverso criterio C5 ("Conformità requisito esperienza per operativo di gruppo"), per il quale il RTI Cogea si è visto assegnare il punteggio di zero.

Deve precisarsi che le opposte tesi sul punto scaturiscono da un (comunque innegabile) difetto di coordinamento dei subcriteri C3 e C5: è evidente infatti che, essendo entrambi giudizi "tabellari" (on - off) senza apprezzamenti intermedi, il

presupposto di entrambi rimane assorbito nello stesso elemento di riferimento tratto dalla tabella 7 del Capitolato, che contiene “le competenze professionali necessarie ed essenziali all’attuazione del PO I FEAD” con la conseguenza che il possesso di almeno due risorse vale ai fini dei due punti del subcriterio C3; e siccome tali risorse sono necessariamente e solamente quelle in possesso delle qualifiche di esperienza descritte nella stessa tabella 7, la cui “presenza” determina l’applicazione del subpunteggio di 6 del C5, non si può concludere diversamente dal fatto che, laddove entrambe le risorse “minime” siano qualificabili come esperti, l’offerta conseguirà sia il subC3 che il subC5, con conseguenti 8 punti; diversamente, otterrà “zero” in entrambi.

Non a caso la difesa della controinteressata EY definisce “illogico” tale rapporto, perchè uno stesso elemento ottiene rilievo in due subparametri e consegue un punteggio più elevato di tutti gli altri; ma - non essendo impugnato il capitolato ed il disciplinare su tale aspetto - non è possibile una lettura diversa da quella letterale. Del resto, anche l’interpretazione prospettata da EY è contrastante con il Capitolato: avendo chiarito che quest’ultimo considera la tabella 7 come l’elenco delle “competenze professionali necessarie ed essenziali all’attuazione del PO I FEAD”, ammettere che il parametro C3 possa applicarsi in presenza della sola “dichiarazione” di avere a disposizione almeno due risorse, senza che abbia rilievo l’effettiva qualificazione dei professionisti nei termini “necessari ed essenziali” derivanti dal Capitolato, equivarrebbe ad attribuire il peso ad una mera dichiarazione di forma, non al rispetto delle prescrizioni della tabella 7 che invece i subcriteri sono articolati per assicurare.

Da quanto sopra, deriva che il primo profilo dedotto nel terzo motivo di ricorso è fondato e determina l’annullamento in parte qua della graduatoria finale della gara, anche tenendo conto della riparametrazione e della successiva applicazione della

soglia, perchè il punteggio dell'offerta tecnica del RTI COGEA avrebbe dovuto comunque risultare inferiore a 50/70 anche a punteggi riparametrati.

III.2) Quanto alla risorsa valutata nell'ambito del parametro C6, secondo la ricorrente sarebbe stato omesso dalla S.A. di considerare che, ai fini della qualifica di esperto, lo stesso bando prevedeva (art.7 del Capitolato) tale qualifica in capo a soggetto iscritto "all'albo degli avvocati o dei dottori commercialisti con almeno 3 anni di esperienza specifica in materia di contratti pubblici, che abbia effettuato il necessario aggiornamento professionale certificato in tema di nuovo codice appalti (D.Lgs. n. 50/2016)".

A pag. 2, punto 6, del verbale del 12, 19, 26, 28, 29 e 30 novembre 2018 la Commissione aveva specificato che "l'aggiornamento professionale certificato in materia di codice appalti (intendendosi per codice appalti il d.lgs. 50/16) può essere comprovato dall'attività di docenza effettuata in detta materia, nonché dalla consulenza prestata a soggetti pubblici o privati".

Secondo parte ricorrente, la risorsa del RTI COGEA indicata ai fini del parametro C6 non sarebbe stata nel possesso del requisito di "aggiornamento professionale certificato in materia di codice appalti" ex dlgs 50/2016 in quanto, dal relativo curriculum, non risulterebbero le attività di docenza.

Il profilo è manifestamente infondato perchè il punto 6 di pag. 2 del verbale unico sopra indicato è chiaramente orientato ad introdurre una mera "facoltà" (come reso palese dalla locuzione "può essere comprovato") che si aggiunge alle altre tipologie di esperienza formativa, ampliandone il novero: all'evidenza, l'"aggiornamento professionale" è indicativo ordinariamente di una partecipazione ad eventi di formazione in qualità di allievi o discenti; ne deriva che l'inserimento in tale contesto anche delle attività di docenza serviva a chiarire che l'aggiornamento potesse derivare non solo dalle prime - e più intuitive - esperienze.

Il secondo profilo del terzo motivo è dunque infondato e va respinto.

Sebbene dall'accoglimento del terzo motivo in parte discenda l'accoglimento del gravame con annullamento della (sola) nuova graduatoria, con obbligo per la S.A. di riformularla e rideterminarsi in conformità a quanto sopra indicato, è necessario esaminare ancora il primo e principale motivo di ricorso unitamente al secondo per quello che rileva.

IV) Con il primo motivo, parte ricorrente censura la determina di autotutela – e le conseguenti e successive operazioni di gara – perché la soglia di sbarramento avrebbe dovuto essere verificata sulla base dei valori di offerta tecnica non riparametrati; in subordine, laddove risulti che il Disciplinare disponeva in tal senso, anche in conformità delle Linee Guida ANAC nr. 2 nella parte censurata, andrebbe dichiarata l'illegittimità anche degli atti presupposti.

Deve premettersi che il Disciplinare art. 16.3 così testualmente recita: “Al risultato della suddetta operazione” (ovvero l'assegnazione dei punteggi da parte dei singoli Commissari) “verranno sommati i punteggi tabellari, già espressi in valore assoluto, ottenuti dall'offerta del singolo concorrente. Successivamente verrà effettuata la riparametrazione dei punteggi attribuiti. Verrà poi verificata la eventuale applicabilità della clausola di sbarramento di cui all'ultimo capoverso del par. 16.1. Della esclusione per mancato raggiungimento del punteggio minimo si dovrà fare espressa menzione nel verbale della Commissione di gara”.

La successiva clausola di cui all'art. 19, a sua volta, prevede che “La Commissione procederà alla quantificazione dei punteggi, incluse riparametrazioni e verifiche del superamento ovvero del mancato superamento della soglia di sbarramento”.

Le linee Guida ANAC nr. 2 nella parte che la ricorrente espone e forma oggetto di censura subordinata così recitano: (“Ai fini della verifica di anomalia la stazione appaltante fa riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni”).

Appare evidente che, ai fini dell'odierno giudizio, la disposizione delle linee guida ANAC, in quanto rivolta alla verifica di anomalia, non è direttamente pertinente e dunque non è necessario verificarne la legittimità rispetto alle censure dedotte (mentre saranno esaminati oltre alcuni aspetti del bando tipo ANAC, oggetto di corrispondenti eccezioni difensive della controinteressata e dell'AGEA).

Invece, quanto al Disciplinare, la dizione testuale della *lex specialis* è chiaramente nel senso di ordinare cronologicamente le operazioni di riparametrazione e di verifica della soglia di sbarramento, così come la S.A. ha inteso nella fase delle operazioni di gara di cui si discute.

Rileva intanto il Collegio che, secondo la giurisprudenza, la riparametrazione delle offerte rientra nella facoltà delle S.A. così come la previsione di una soglia di sbarramento e che tale facoltà può essere esercitata a condizione che sia prevista e disciplinata nel bando.

Il bando diviene così fonte costitutiva dell'esercizio del potere, in quanto la riparametrazione attiene al metodo di calcolo dei punteggi delle offerte.

Altrettanto univoca è la più recente giurisprudenza nel ritenere che la soglia di sbarramento, ove prevista, deve operare sulle offerte non riparametrate ("Pertanto la precedenza, sotto il profilo procedimentale, della valutazione dell'anomalia dell'offerta alla riparametrazione, consente di ancorare le verifiche del superamento della soglia di sbarramento e di quella di anomalia al punteggio attribuito dalla commissione all'offerta tecnica e non al punteggio riparametrato, che è una conseguenza di un artificio necessario al solo fine di rendere comparabili i punteggi per la parte tecnica e per la parte economica" Consiglio di Stato , sez. III , 11/09/2017 , n. 4280; Consiglio di Stato sez. V, 30/01/2017, n.373, contra, T.A.R. , Venezia , sez. I , 19/01/2016 , n. 30 che richiama l'allegato P del DPR 207/2010 il quale, tuttavia, non si occupa di tale aspetto e richiama precedenti del Consiglio di

Stato che, a loro volta, non sembrano direttamente attinenti a fattispecie similari a quella odierna).

In tutta evidenza, essendo lo scopo della previsione della soglia quello di assicurare un filtro di qualità, impedendo la prosecuzione della gara a quelle offerte che non raggiungano uno standard minimo corrispondente a quanto (discrezionalmente) prefissato dalla lex specialis, tale filtro va operato con riferimento ai valori “assoluti” delle offerte tecniche, ovvero al risultato derivante dall’applicazione dei punteggi come previsti dal metodo di gara in relazione ai singoli parametri, avendo questi ultimi un significato funzionale proprio.

A maggior riprova di tale considerazione, si consideri che nel caso di specie si è presenza di un’articolazione di punteggi dei quali una parte rilevante (37 su 70) sono tabellari “senza discrezionalità”, quindi derivanti dal possesso o meno di elementi di natura essenziale e qualificante giudicata “minima necessaria” (come i parametri sub C esaminati nel corpo del terzo motivo precedente): dunque, anche a voler ritenere che la soglia possa attenersi a punteggi riparametrati, dovrebbero comunque escludersi dal novero di questi ultimi tutti i punteggi tabellari laddove - proprio per la descritta natura del giudizio - una qualsiasi variazione in aumento del relativo esito (conseguente alla riparametrazione) implicherebbe ammettere offerte che non presentano per definizione il minimo di qualità richiesto.

Non vale in contrario rilevare, come puntualmente rilevano le difese delle resistenti, che la giurisprudenza si riferisce a fattispecie nelle quali il bando o il disciplinare prevedevano esplicitamente l’applicazione della soglia ai punteggi non riparametrati, perchè tale condizione delle relative azioni non muta il senso sostanziale della “regola iuris” (ed altresì perchè nell’odierna fattispecie, a differenza di quelle, è anche il bando ad essere oggetto di censura).

Pertanto, non è senza rilievo sostanziale che la soglia di qualità deve riferirsi ai punteggi non riparametrati perchè vuole evitarsi che la riparametrazione, in quanto

volta solo ad operare un opportuno riequilibrio del punteggio tecnico e mantenere il rapporto corretto con il peso dell'offerta economica, influisca sulla selezione dei minimi standard cui si vuole subordinare l'ammissione dell'offerta alla fase di verifica successiva, e consenta così ad offerte oggettivamente prive di requisiti minimi di qualità di superare quel filtro che la soglia è appunto chiamata ad assicurare (ciò che è avvenuto nell'odierna fattispecie).

Invero, nella premessa che la individuazione della soglia così come la scelta di consentire la riparametrazione, sono frutto di esercizio di attività discrezionale della PA che attiene al governo della gara ed alla predeterminazione delle relative regole, è necessario che il concreto disimpegno di tale discrezionalità risponda a canoni di logica e di ragionevolezza.

Per cui, laddove la S.A. decida di applicare una soglia "rigida" di qualificazione, ovvero espressa in valori assoluti, quest'ultima non potrà che operare anteriormente alla riparametrazione e quindi sui valori altrettanto "assoluti" come emersi all'esito dell'esame delle offerte tecniche. Laddove si voglia applicare invece la soglia alle offerte come riparametrate, allora anche la soglia non potrebbe che dover essere riparametrata in maniera corrispondente, per mantenere la stessa percentuale di sufficienza rispetto al massimo del valore del "peso" attribuito all'offerta tecnica e garantire così la neutralità della riparametrazione rispetto al meccanismo di filtro proprio della soglia (in altri termini, dovrebbe prevedersi una sorta di "doppia" soglia, ovvero una soglia assoluta - da applicarsi nel caso in cui non si verificano i presupposti per la riparametrazione - ed una soglia relativa - da applicarsi nel caso in cui tali presupposti si verificano, costituita dalla prima adeguata alla percentuale di riparametrazione concretamente risultante dalle relative operazioni).

Non vale obiettare, ancora, che l'aver previsto nel bando l'applicazione della soglia ai punteggi riparametrati implichi una voluta (oltre che discrezionale) scelta della PA, "consapevole" come sostiene EY, che la soglia avrebbe operato sui punteggi

riparametrati: invero, come accennato, la riparametrazione non è certa, ma solo eventuale, dipendendo dal mancato raggiungimento da parte di una offerta; ed, in ogni caso, la dichiarata “consapevolezza” è affermazione tautologica, perchè la consapevolezza della scelta non ne muta l’illogicità.

Ulteriore eccezione della EY è che il metodo aggregativo compensatore implica già una riparametrazione al proprio interno: all’evidenza, tale argomento non sorregge la tesi difensiva della controinteressata perchè si perverrebbe ad affermare che il punteggio finale al quale applicare la soglia è quello di una riparametrazione doppia. In conclusione, tutto quanto esposto conferma che, ponendosi la predeterminazione di una soglia minima di punteggi di qualità delle offerte quale criterio di filtro delle offerte stesse ai fini della prosecuzione della gara, la riparametrazione deve rimanere neutrale rispetto alla verifica della soglia e dunque non può che essere applicata alle offerte non riparametrate (oppure, se prevista ex post, deve essere costruita sulla base di una soglia “mobile” che vari all’eventuale variazione del punteggio in conseguenza della riparametrazione laddove se ne verificano i presupposti ed in maniera percentualmente corrispondente).

Resta adesso da chiarire il rapporto tra l’argomento di gravame ed il corrispondente bando tipo dell’Autorità che, come anticipato, l’AGEA e l’EY affermano che preveda il rapporto tra riparametrazione e soglia che si è visto sin qui essere stato censurato correttamente dalla parte ricorrente.

Si rileva che nella memoria di EY del 3 maggio 2019 sono riportate per esteso alcune parti della nota illustrativa al bando tipo nr. 1/2017 dell’Autorità, che non coincidono con il corrispondente testo del documento contenente le note illustrative di cui al bando tipo nr. 1/2017 prodotto in giudizio nel documento in allegato alla memoria EY del 3 maggio 2019.n. 14).

Quest’ultimo così recita:

“L’opportunità della riparametrazione assolve all’esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo e i singoli elementi che compongono la qualità in modo che, in relazione a tutte le componenti, l’offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716). Al riguardo, si evidenzia che qualora la stazione appaltante inserisca una soglia di sbarramento al punteggio tecnico, la riparametrazione dei punteggi non deve comprendere quelli dei concorrenti che non hanno raggiunto il punteggio tecnico minimo. Ciò al fine di evitare che la riparametrazione possa diventare uno strumento per eludere la soglia e recuperare offerte tecniche che, avendo ricevuto un punteggio tecnico inferiore a quello minimo previsto dalla soglia, sono state giudicate qualitativamente inadeguate”

Prosegue poi, descrivendo così la sequenza procedimentale (pagg. 33 e 34):

“Qualora il bando di gara preveda sia una soglia di sbarramento al punteggio tecnico su uno o più sub criteri, sia la riparametrazione, la successione delle operazioni di gara dovrebbe, pertanto, essere la seguente:

- 1) valutazione delle offerte tecniche e assegnazione del relativo punteggio;*
- 2) esclusione di eventuali offerte che non superano la soglia di sbarramento al punteggio tecnico fissato su uno o più criteri/ sub criteri, o sul punteggio complessivo;*
- 3) prima riparametrazione sui singoli criteri;*
- 4) eventuale seconda riparametrazione se prevista nel bando sul punteggio tecnico complessivo;*
- 5) assegnazione del punteggio alle offerte economiche;*

(omissis)”

Si tratta, quindi, di un contenuto diametralmente opposto a quello riportato nella memoria di EY (che, verosimilmente, deve avere attinto ad una diversa formulazione del testo tratta da altre versioni delle note disponibili nel sito dell’Autorità; indagine non esperibile nell’odierna sede, perché il documento di cui si tratta non ha natura regolamentare, come sarà meglio oltre indicato; e dunque il Collegio è vincolato all’esame di quanto prodotto in giudizio).

In ogni caso, non v'è necessità di approfondire ulteriormente tali circostanze, perchè - anche ad aderire alla tesi di EY - è solamente il bando tipo ad essere vincolante, non anche le indicazioni delle note illustrative, le quali, essendo solo un commento al bando tipo - possiedono un valore meramente orientativo.

Invero, a mente dell'art. 71 del codice appalti, l'ANAC adotta bandi tipo "al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte"; vero è che "successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi", ma è parimenti prevista la facoltà delle Stazioni appaltanti di derogarne il modello, con specifica motivazione da rendersi nella determina a contrarre: ne deriva che al bando tipo va riconosciuta non già natura normativa-regolamentare, bensì quella propria di un atto generale di indirizzo, suscettibile di motivata modificazione da parte delle Amministrazioni.

Ma, in ogni caso, tale vincolatività relativa attiene pur sempre alle clausole del bando, non certo alle indicazioni esplicative delle note che sono solo descrittive o ricognitive di indirizzi di giurisprudenza e metodologie (tanto che le relative note non risultano pubblicate sulla GU, a differenza del bando tipo).

Quanto al bando tipo, le prescrizioni rinvenientesi sul punto nel relativo documento (non prodotto in giudizio, ma pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.298 del 22 dicembre 2017) all'art. 21, riportano due voci "facoltative": "in caso di riparametrazione" ed "in caso di soglia di sbarramento..." corredandole delle relative avvertenze; come lo stesso bando tipo avverte - nella premessa, pag. 3/48 - per le quelle facoltative la "stazione appaltante sceglie se inserire o meno la clausola"; trattandosi come indicato di clausole facoltative, ed assente una indicazione esplicita, appare evidente che l'ordine nel quale sono riportate non è espressivo di una gerarchia funzionale e vincolante, bensì ha carattere meramente espositivo e dunque da adattarsi caso per caso.

Invece, si rileva che nel bando tipo, l'applicazione della soglia e del relativo filtro è descritta-prescritta al termine del paragrafo 18.1 a conclusione dell'applicazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica; mentre, la riparametrazione è descritta nelle clausole indicate nel paragrafo 18.4 (al termine dell'applicazione delle operazioni descritte nel “metodo per il calcolo dei punteggi”) che presuppone la già conclusa fase precedente di cui al 18.1 (e dunque interviene dopo l'avvenuta applicazione del filtro, necessariamente con esclusione delle offerte che non hanno superato la soglia).

Resta così non provato che il bando oggetto di gravame sia redatto in conformità al bando-tipo dell'ANAC, con conseguente recessività del relativo argomento difensivo.

Il primo motivo è dunque fondato e come tale merita accoglimento.

Il Collegio reputa comunque opportuno segnalare le descritte criticità all'ANAC disponendo, a cura della Segreteria, l'inoltro di copia della presente sentenza all'apposito indirizzo mail dedicato a tali contributi “vir@anticorruzione.it” per una migliore impostazione futura del bando-tipo.

V) Quanto sin qui ritenuto in ordine al primo motivo consente di risolvere anche la censura introdotta con il secondo.

Con il secondo motivo di ricorso, PWC sostiene che la riammissione in gara di un concorrente dapprima escluso, senza opposizione da parte di quest'ultimo, violerebbe il principio di invarianza.

Il motivo è infondato perché la S.A. ha agito in autotutela rispetto a specifiche doglianze che una delle concorrenti aveva dedotto in giudizio con il ricorso di cui in parte narrativa.

All'evidenza, non può sostenersi che – in presenza di una motivata ragione di censura da parte di una delle concorrenti, dedotta in giudizio – il principio di invarianza osti alla riammissione in gara di soggetti dapprima esclusi, quando tale

operazione sia preordinata – come nel caso di specie – alla corretta riedizione della valutazione delle offerte sotto il profilo del calcolo della soglia di sbarramento e della riparametrazione delle relative offerte, non essendo tale fase attinente alla valutazione della soglia di anomalia e relativo calcolo della soglia di rilevanza.

A diversamente ritenere, infatti, si perverrebbe ad impedire sostanzialmente l'esercizio dell'autotutela che così inciderebbe anche sul diritto di difesa dell'Amministrazione (che si troverebbe esposta alla soccombenza in giudizio pur nella ritenuta consapevolezza della fondatezza dell'azione della ricorrente).

VI) Conclusivamente, il ricorso è fondato nei limiti sin qui indicati; la fondatezza del primo profilo del terzo motivo deve ritenersi prevalente ai fini dell'esito del gravame e prevale sugli effetti dell'accoglimento del primo motivo, secondo un criterio di maggior satisfattività della pronuncia.

Infatti, a stretto rigore la fondatezza del primo motivo comporterebbe la necessità di annullare il bando in parte qua e, di conseguenza, l'intera procedura di gara: dal momento che il governo della fattispecie ha natura pacificamente discrezionale, la scelta circa l'applicazione della soglia di sbarramento ed il sistema della riparametrazione, per come sopra ritenuto, a seguito ed in conseguenza dell'annullamento del bando in parte qua, dovrebbe essere oggetto di una rideterminazione della PA, non potendosi sostituire alla clausola annullata una nuova regola decisa dal giudice (anche in considerazione del fatto che, come si è visto dapprima, sussistono differenti soluzioni possibili in vista della riedizione del procedimento).

Tuttavia, per le ragioni dapprima indicate, il Collegio deve risolvere il giudizio con l'accoglimento del terzo motivo, che implica l'assorbimento del primo; con annullamento della sola graduatoria finale nei termini sopra descritti ed obbligo per l'Amministrazione di procedere alla sua riformulazione con ogni provvedimento ulteriore in ordine all'aggiudicazione, da disporsi in favore della odierna ricorrente,

salvo l'esito degli ulteriori controlli ed adempimenti del procedimento ove ancora da svolgersi.

L'esposizione che precede comporta evidenti ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie con obbligo per l'Amministrazione di rideterminarsi come in parte motiva.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e manda alla Segreteria di inoltrare copia della presente sentenza all'indirizzo mail dell'ANAC dedicato ai contributi per il miglioramento del bando-tipo "vir@anticorruzione.it".

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO