

N. 01401/2011REG.PROV.COLL.

N. 06626/2010 REG.RIC.

N. 06700/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6626 del 2010, proposto da Everis Italia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Colabianchi, con domicilio eletto presso Alberto Colabianchi in Roma, via Oslavia 30;

contro

Sas Axisnet di A. Bottonelli & C., rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso Daniele Vagnozzi in Roma, viale Angelico, 103;

nei confronti di

Comune di Milano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Elisabetta D'Auria, Raffaele Izzo, Maria Teresa Maffey e Maria Rita Surano, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

sul ricorso numero di registro generale 6700 del 2010, proposto dal Comune di Milano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.

Elisabetta D'Auria, Raffaele Izzo e Maria Teresa Maffey, con domicilio eletto presso Vaiano - Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Sas Axisnet di A. Bottonelli & C., rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso Daniele Vagnozzi in Roma, viale Angelico, 103;

nei confronti di

Everis Italia Spa;

per la riforma

in entrambi i ricorsi, della sentenza del T.a.r. Lombardia – Milano - Sezione I n. 01827/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA DI UN SISTEMA INFORMATICO.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sas Axisnet di A. Bottonelli & C. e del Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2011 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Colabianchi, Pisapia, per delega dell'Avv. Vagnozzi, e D'Auria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le società Everis Italia s.p.a. e Axisnet s.a.s. prendevano parte alla procedura negoziata indetta dal Comune di Milano per l'affidamento della fornitura di un sistema informativo per il governo e l'attuazione dei processi necessari agli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 196/2003.

L'oggetto dell'appalto comprendeva:

- a) la fornitura di un'applicazione software, di supporto al governo e all'attuazione dei processi necessari per gli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 196/2003;
- b) la fornitura della infrastruttura hardware e software appropriata per il corretto funzionamento dell'applicazione di cui al punto n. 1;
- c) la fornitura dei servizi professionali in area legale e organizzativa, di supporto alla corretta realizzazione dell'intervento;
- d) la fornitura dei servizi professionali necessari alla personalizzazione, all'installazione e alla messa in esercizio di quanto ai punti nn. 1 e 2, incluso il servizio di formazione;
- e) la fornitura di un servizio di manutenzione e assistenza di quanto ai punti nn. 1 e 2, per un periodo di 12 mesi dalla data del collaudo positivo.

I requisiti di partecipazione, tra l'altro, richiedevano la dimostrazione *“di aver stipulato contratti per prestazioni aventi oggetto analogo a quello di gara svolti con buon esito nel triennio 2006/2007/2008, per enti pubblici/aziende private, per un valore complessivo, con esclusione dell'I.V.A., almeno pari ad Euro 200.000,00”* (art. 5 punto 2, lett. e) del disciplinare).

Ai fini della dimostrazione del requisito appena ricordato la Everis Italia (di seguito, Everis) dichiarava di aver realizzato un importo pari ad Euro 239.459,16 nell'ambito di n. 6 contratti, uno dei quali stipulato con l'emittente spagnola RTVA, in data 06.07.2006, per un importo di Euro 54.259,16.

Ad esito delle procedure di gara la Everis si classificava al primo posto, aggiudicandosi l'appalto (determina n. 522/09), mentre la Axisnet finiva al secondo.

Con nota datata 13.01.2010 (PG 23980) il Comune di Milano invitava l'aggiudicataria, nelle more della stipulazione del contratto, a dare avvio alle prestazioni contrattuali previste, secondo quanto stabilito dal capitolato speciale.

2. La Axisnet proponeva gravame avverso l'aggiudicazione dinanzi al T.A.R. per la Lombardia lamentando, tra l'altro, il mancato possesso, da parte della controinteressata, del requisito di cui al citato art. 5 punto 2, lett. e) del disciplinare, relativo alla realizzazione di un fatturato analogo rispetto all'oggetto del contratto. In particolare, con riferimento al già menzionato contratto stipulato con la RVTA, si allegava come questo avesse ad oggetto un'attività di mera assistenza tecnica per la gestione della sicurezza dei sistemi informativi, senza alcuna fornitura di software.

La difesa dell'Amministrazione contestava che ai fini del possesso della capacità tecnica le concorrenti dovessero dimostrare di aver eseguito prestazioni ciascuna delle quali inclusiva anche della fornitura di software. Tale circostanza doveva essere ritenuta necessaria solo nel caso in cui il contratto allegato fosse stato di mera consulenza legale ed organizzativa, giusta quanto affermato dalla stessa stazione appaltante in sede di risposta ad una richiesta di chiarimento sul punto. Inoltre, il contratto stipulato dall'aggiudicataria con RTVA non aveva ad oggetto la sola assistenza tecnica, ma anche la gestione della sicurezza, e pertanto una prestazione analoga a quella oggetto dell'appalto.

La difesa della controinteressata osservava come l'oggetto del contratto da affidare fosse ripartito in una pluralità di prestazioni, e che la *lex specialis* non imponeva necessariamente la loro contestuale sussistenza, ai fini della dimostrazione di aver eseguito contratti analoghi. La ricorrente avrebbe confuso la nozione di servizio "analogo", richiesta dalla *lex specialis*, con quella di servizio "identico", arbitrariamente invocata onde restringere la platea dei concorrenti, in spregio al principio del *favor participationis*.

3. Con sentenza n. 1827\2010 il T.A.R., ritenuta la fondatezza del motivo di censura illustrato, e assorbito ogni altro mezzo, accoglieva il ricorso, annullando l'aggiudicazione. Inoltre, il Tribunale dichiarava inammissibile la domanda della

ricorrente diretta all'annullamento e/o dichiarazione di nullità e/o inefficacia del contratto, non risultando questo allo stato ancora stipulato, e dava atto che la ricorrente non aveva formulato nell'ambito del giudizio alcuna domanda finalizzata ad ottenere una condanna dell'Amministrazione a risarcire i danni .

4. La sentenza formava oggetto, da parte del Comune di Milano e della Everis, degli appelli in epigrafe, con i quali venivano criticate la motivazione e le conclusioni della pronuncia, e giustificata la scelta della stazione appaltante di riscontrare favorevolmente il requisito di capacità tecnica della Everis.

5. Resisteva agli appelli la ricorrente in primo grado che, riproposte le censure dichiarate assorbite dal T.A.R., non si gravava contro i capi sfavorevoli della sentenza oggetto del presente giudizio.

6. Le posizioni delle parti venivano approfondite, anche attraverso la critica delle argomentazioni avversarie, mediante ulteriori scritti.

7. Alla pubblica udienza del 21 gennaio 2011 le cause venivano trattate in decisione.

8. Gli appelli, da riunire a mente dell'art. 96, co. 1, cod. proc. amm., sono fondati e vanno accolti, ed il ricorso di primo grado integralmente respinto.

9. L'appalto oggetto di affidamento prevedeva una pluralità di prestazioni tra loro eterogenee, tra queste, la fornitura di hardware e di servizi professionali, e di un'applicazione software, di supporto al governo e all'attuazione dei processi necessari per gli adempimenti previsti dal D.Lgs. n. 196/2003.

L'oggetto dell'appalto rilevava in sede di requisiti di capacità tecnica, essendo stata richiesta ai concorrenti la dimostrazione *“di aver stipulato contratti per prestazioni aventi ad oggetto analogo a quello di gara svolti con buon esito nel triennio 2006/2007/2008, per enti pubblici/aziende private, per un valore complessivo, con esclusione dell'I.V.A., almeno pari ad Euro 200.000,00”* (art. 5 punto 2, lett. e del disciplinare).

Il contratto stipulato dalla Everis con l'emittente spagnola RTVA in data 06.07.2006, per un importo di Euro 54.259,16, aveva ad oggetto un'attività di “*assistenza tecnica per la gestione della sicurezza dei sistemi informativi*”, senza però includere una fornitura di software.

10. La questione centrale di cui alla presente controversia è quindi, come ha ben detto il primo giudice, quella di decidere se la nozione di contratto ad oggetto analogo, impiegata dalla *lex specialis*, nella fattispecie comprendesse o meno necessariamente anche la fornitura di software.

La soluzione affermativa data dal Tribunale non è persuasiva.

11. Ancor prima degli odierni appellanti, la stessa società Axisnet, nel proprio ricorso di primo grado (pagg. 7-9), non ha potuto fare a meno di riconoscere la complessità dell'oggetto della procedura di cui si tratta, osservando che per dotare una struttura organizzativa articolata come quella del Comune di Milano di un sistema informatico per il governo e l'attuazione dei processi necessari agli adempimenti di cui al d.lgs. n. 196\2003 occorre il possesso di una pluralità di competenze, e che “*la realizzazione di un sistema di governo della conformità alla normativa sulla Privacy va intesa sia come la prestazione di un supporto consulenziale di tipo normativo, tecnico-legale, organizzativo, tecnologico, sia come la fornitura di un prodotto software di supporto della raccolta delle informazioni necessarie ...*”.

In questo contesto è esatto che, per la complessità delle attività da svolgere, la materia non potesse essere affidata a dei semplici tecnici informatici, occorrendo dei consulenti esperti anche nel campo legale e dell'organizzazione aziendale. Ma proprio questa considerazione, se viene sviluppata con coerenza, conduce linearmente a guardare in modo critico alla lettura che ha portato a ritenere indefettibile, in ogni contratto allegato per la dimostrazione della capacità tecnica, l'aspetto della fornitura di *software*.

12. Le appellanti, e soprattutto il Comune di Milano, hanno invero analiticamente ricostruito le ragioni pubbliche alla base della procedura contrattuale, ponendo in rilievo come l'interesse precipuo dell'Amministrazione fosse quello di ricercare un contraente dotato di una sperimentata capacità di intervenire sui sistemi informatici in funzione di garanzia della sicurezza dei dati e delle informazioni, stante la necessità di fornire alla committente un “*sistema*” (nel senso più lato) atto a governare l'insieme delle procedure amministrative e degli apparati deputati alla gestione delle informazioni, garantendo la sicurezza dai rischi informatici.

Al di là, quindi, della materiale fornitura di una dotazione informatica, la commessa richiedeva anche, e soprattutto, una complessa attività di costruzione e, inoltre, di minuzioso adattamento e taratura del sistema sulle specifiche esigenze e procedure operative dell'Amministrazione.

Da qui il corollario che oggetto di gara erano in definitiva l'analisi, il governo e la gestione dei rischi informatici, e che il nucleo essenziale della *expertise* richiesta per la partecipazione alla gara doveva quindi propriamente identificarsi nell'esperienza tecnica nel campo della sicurezza informatica.

Per converso, il *software* non poteva rettamente essere considerato come l'elemento predominante della prestazione. Il complesso delle prestazioni richieste all'aggiudicatario poneva infatti l'accento sulle – ed esprimeva la prevalenza delle – prestazioni afferenti i servizi (l'insieme delle attività necessarie all'installazione, organizzazione, personalizzazione e gestione dei dati, oltre che la successiva manutenzione) rispetto alla fornitura del prodotto informatico, integrando questo, di per se stesso, la prestazione qualitativamente ed economicamente meno rilevante.

In altre parole, il fulcro dell'attenzione dell'Amministrazione si attestava sulla capacità tecnica delle ditte di assicurare una gestione globale dei dati con l'organizzazione ed il modellamento del sistema sulla struttura comunale. Attività

che, per quanto alla fine da implementare a mezzo di strumenti informatici, non si identificavano con questi, rispetto ai quali avevano un valore funzionale (ed economico) prevalente. La preminenza andava quindi assegnata, piuttosto che alla fornitura del software in quanto tale, alle attività occorrenti, a monte, per maturare la capacità di una corretta impostazione, caso per caso, del sistema di cui anche il software sarebbe dovuto essere espressione, nel che propriamente si esprimeva il cuore dell'*expertise* professionale ricercata dal Comune.

Né una prevalenza del software avrebbe potuto essere inferita dai punteggi previsti all'art. 7 del disciplinare di gara, per la semplice ragione che nel punteggio destinato a premiare le *“caratteristiche e qualità dell'applicazione software offerta”* non poteva non refluire anche la qualità dei *“servizi professionali necessari alla personalizzazione, all'installazione e alla messa in esercizio”* dello stesso software.

E' del resto in funzione dello specifico interesse dell'Amministrazione che va individuata, in un'ottica doverosamente qualitativa e funzionale, la prestazione *“prevalente”*. E un sistema finalizzato al supporto di processi complessi per l'analisi, il controllo e la gestione dei rischi informatici come quello richiesto dal Comune di Milano, con le sue caratteristiche di spessore problematico, non poteva essere tradotto, senza incorrere in un travisamento, nella fornitura di un software quale oggetto centrale dell'appalto, dovendo piuttosto farsi all'uopo prevalente leva sull'aspetto dell'analisi e gestione dei sistemi di protezione dei dati (e sulla esperienza in ciò maturata).

13. E' dunque su queste basi che l'Amministrazione ha reputato idoneo a soddisfare il requisito dell'analogia con l'oggetto dell'appalto il contratto di Everis con RTVA, in quanto avente ad oggetto *“assistenza tecnica nella gestione della sicurezza del sistema di informazione”* della seconda, e quindi una prestazione di natura tecnica nell'ambito della sicurezza informatica riguardante proprio

operazioni di gestione della sicurezza, e non già un'assistenza tecnica fine a se stessa.

Come si è visto, infatti, l'elemento centrale ai fini della valutazione di "analogia" andava ricercato nella prestazione di gestione concreta dei sistemi di sicurezza, piuttosto che in quella di vendita della licenza d'uso di *software*. Né, d'altro canto, la valutazione di "analogia" avrebbe potuto tramutarsi in una verifica di "identità", come sarebbe accaduto se fossero state reputate rilevanti le sole precedenti esperienze pedissequamente riprodotte del contenuto del contratto da aggiudicare in concreto, senza incorrere con ciò in una violazione dei canoni di libera concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità.

L'oggetto dell'appalto si componeva di una molteplicità di prestazioni, ma la *lex specialis* non si spingeva a pretendere che, per poter essere considerato "analogo", ciascuno dei contratti presentati a comprova della capacità tecnica dovesse necessariamente ricomprendere anche la fornitura di software; e tantomeno tutte le prestazioni elencate dal capitolato.

Non va poi dimenticato che Everis aveva allegato, oltre al contratto con RTVA, vari altri contratti, almeno uno dei quali sicuramente inclusivo del rilascio di un software (L'Oreal).

14. La Sezione deve inoltre escludere che la soluzione seguita dal primo giudice fosse l'unica asseverata dalle risposte che l'Amministrazione aveva fornito alle richieste di chiarimenti pervenute.

Nel termine previsto per la presentazione delle offerte la stazione appaltante aveva precisato, riferendosi al predetto requisito di partecipazione, che l'espressione "*aver stipulato contratti per prestazioni aventi ad oggetto analogo a quello di gara, deve intendersi nel senso che i concorrenti devono aver già stipulato nel triennio 2006/2007/2008, contratti per un valore di Euro 200.000,00 (I.V.A. esclusa) con privati o con enti pubblici, per la fornitura di*

sistemi finalizzati al supporto di processi complessi per l'analisi, il governo e la gestione dei rischi informatici' (enfasi aggiunta).

L'oggetto dell'appalto era stato così colto in un "sistema" non soltanto "informatico" (come anche per ragioni di sintesi figurava pure denominato nel testo della *lex specialis*), ma, più ampiamente ed *in primis*, organizzativo, logistico e procedurale. Veniva difatti in preminente rilievo, come si è già esposto, la capacità di gestire e governare (sia pure, all'esito, attraverso l'uso di uno strumentario hardware e software) l'insieme delle procedure e degli apparati deputati alla gestione delle informazioni garantendone la sicurezza, capacità che, ancor prima di dover essere "trasferita" nell'idoneo software, si presentava come una competenza che l'operatore doveva dimostrare di avere acquisito attraverso l'esperienza maturata nella gestione delle problematiche della sicurezza dei sistemi informatici.

Di conseguenza, pur non essendo del tutto priva di un qualche addentellato nei contenuti della *lex specialis*, la rigida riconduzione operata dal T.A.R. del predetto "sistema", ai fini della dimostrazione della capacità tecnica degli operatori, entro il concetto di "sistema informatico" *tout court*, risulta integrare una forzatura che oblitera una parte tutt'altro che secondaria della commessa.

Quanto alla risposta della stazione appaltante riguardante i servizi di consulenza legale ed organizzativa, la stessa non poteva dal canto suo venire generalizzata, giacché il suo riferimento alla necessità in tal caso della licenza del *software* (lungi dal dimostrare la sua indefettibilità comunque ed in assoluto) aveva la ben specifica funzione di assicurare che la precedente esperienza allegata avesse una sufficiente connotazione tecnico-informatica, con esclusione quindi degli operatori dediti alla sola consulenza legale-organizzativa (che di per sé tale resta anche quando cada sulla materia di cui al d.lgs. n. 196\2003), la quale non avrebbe potuto soddisfare gli interessi dell'Amministrazione.

Sicché anche tale risposta si presentava pienamente coerente con la ricostruzione delle appellanti circa la centralità, nella gara, non già dell'elemento software, bensì della - capacità tecnica di - gestione della sicurezza dei dati e delle informazioni.

Per quanto precede, le risposte fornite dalla stazione appaltante ai quesiti pervenute erano dunque tutt'altro che univoche nel senso sostenuto dalla originaria ricorrente.

15. A questo punto non può poi sottacersi che, in presenza di un oggetto contrattuale così articolato e complesso, era inevitabile che l'applicazione del requisito della "analogia" delle esperienze precedenti, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, chiamasse in causa dei margini di apprezzamento valutativo da parte dell'Amministrazione, trattandosi di verificare l'esistenza di una sufficiente similitudine tra quanto richiesto ed i servizi dichiarati dai concorrenti, attraverso un confronto tra le rispettive prestazioni, ed occorrendo in questo ambito individuare un'interpretazione concreta che, senza confondere il concetto dell'analogia con quello dell'identità, fosse però, in pari tempo, in grado di assicurare l'effettività della capacità tecnica dei partecipanti rispetto al contratto da affidare, sì da garantire, alla fine dei conti, il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Per tutto quanto qui esposto, l'opzione effettuata con l'ammissione di Everis si presenta immune dal vizio riscontrato dal Tribunale.

L'interpretazione che ha condotto a tale scelta vieppiù si giustifica, infine, per il fatto che in presenza di possibili aspetti dubbi in ordine all'ampiezza dell'accesso alla gara avrebbe dovuto trovare applicazione il canone del *favor participationis* (la cui invocazione da parte delle appellanti in sede di memoria non integra una nuova censura, ma solo un nuovo argomento a sostegno delle censure ritualmente introdotte attraverso le loro impugnative).

16. Si è fin qui riscontrata l'infondatezza del motivo di ricorso di primo grado accolto dal T.A.R.. Restano da esaminare le ulteriori censure introdotte dalla

ricorrente in primo grado, dichiarate assorbite dalla sentenza in epigrafe e riproposte in questa sede.

Anche tali motivi sono infondati, con la conseguenza che il ricorso di primo grado deve essere interamente respinto.

17. Nell'ambito del primo motivo di ricorso al T.A.R. erano state svolte, oltre al profilo impugnatorio accolto dal Tribunale, anche altre critiche di legittimità, sempre attinenti alla contestazione della sussistenza in capo alla Everis dei prescritti requisiti di capacità tecnica.

Axisnet deduceva, infatti:

- che in realtà nessuno dei contratti che l'avversaria aveva dichiarato di avere eseguito nel triennio precedente poteva essere considerato idoneo ad attestarne la capacità tecnica, avendo essi un oggetto "non analogo" a quello di gara, in quanto concernenti compiti meramente esecutivi\operativi (di pura assistenza tecnica), e non già prestazioni complesse come quelle di cui alla gara;
- che, con riferimento al contratto con RTVA, l'avversaria non aveva depositato la prescritta attestazione di buon esito dell'esecuzione, imposta dal disciplinare a pena di esclusione;
- che, infine, la stazione appaltante non avrebbe potuto considerare a favore di Everis il contratto indicato al n. 5 del suo prospetto, asseritamente da essa concluso con il soggetto "Xunta de Galicia", in quanto l'avversaria non si era rivelata in grado di documentarne l'esistenza, bensì aveva provato l'effettività di un contratto con un soggetto diverso, il Consiglio Provinciale di La Coruna: ciò in violazione della previsione del disciplinare che avvertiva che non sarebbero state "accettate integrazioni, mediante l'indicazione di nuovi contratti, successivamente al termine di scadenza della presentazione dell'offerta".

Questi rilievi non sono condivisibili.

Sul primo punto, tanto per il contratto con la Xunta de Galicia (*rectius*, il Consiglio Provinciale de La Coruna), quanto per gli altri che non includevano la fornitura di software, valgono le considerazioni appena svolte per il contratto con RTVA. Si trattava di prestazioni di natura tecnica (e non di sola consulenza legale e organizzativa) nell'ambito della sicurezza informatica, onde la non inclusione di una licenza software non era ostativa alla significatività del precedente quale indice di capacità tecnica.

Sul secondo punto si impone il rilievo che il disciplinare di gara, all'art. 8, comma 2, ammetteva espressamente, in tema di possesso dei requisiti di capacità tecnica, l'equipollenza, all'attestazione di buon esito dei servizi precedenti, del deposito delle pertinenti fatture. Ai fini della partecipazione alla gara era quindi sufficiente anche, sotto il profilo che si sta trattando, la produzione della semplice fattura. E l'aggiudicataria risulta avere a suo tempo prodotto, appunto, il relativo documento (allegato al doc. n. 8 versato dal Comune in primo grado). Donde l'infondatezza della doglianza.

Neppure il terzo profilo del mezzo può trovare adesione.

Si deve notare che il contratto stipulato con il Consiglio Provinciale de La Coruna (peraltro, città capoluogo della Regione Galizia) coincideva appieno per oggetto, durata ed importo con il corrispondente contratto delineato in sede di dichiarazione dei requisiti (salvo che per una differenza di valore di appena 37 centesimi di euro, quindi del tutto trascurabile); e che ciò che più interessava alla stazione appaltante era la prova che la concorrente avesse oggettivamente eseguito prestazioni analoghe a quelle oggetto di gara nel triennio precedente, laddove era indifferente l'esatta identità del soggetto (pubblico o privato) cui quella data prestazione era stata in concreto resa (sempre che non vi fosse ragione di dubitare, ma nel caso concreto per quanto testé detto non ve n'era, che il contratto prodotto fosse proprio quello imperfettamente evocato in sede di dichiarazione). La

qualificazione del concorrente riflette, infatti, la tipologia della prestazione da esso resa, la collocazione temporale di questa ed il suo valore economico, ma non anche la specifica identità del committente.

Per le ragioni esposte, il contratto prodotto non integrava un “nuovo contratto”, prodotto tardivamente in violazione del disciplinare, ma poteva considerarsi come il medesimo contratto oggetto di dichiarazione. E dell’esecuzione di questo era stata prodotta anche la prescritta attestazione di buon esito, quale senz’altro è ravvisabile nella locuzione “... ha eseguito in modo soddisfacente i progetti ... ” (“...*ejecutado de modo satisfactorio...*”).

18. Con il secondo motivo dell’originario ricorso veniva dedotto che, mentre il disciplinare di gara prescriveva che la capacità economico-finanziaria delle concorrenti venisse dimostrata con l’indicazione di almeno due istituti di credito attestanti l’idoneità finanziaria ed economica dell’offerente, Everis aveva invece indicato all’uopo un unico istituto di credito. E, benché la medesima avesse contestualmente giustificato, in sede di offerta, l’indicazione da parte sua di una sola referenza bancaria, ad avviso della ricorrente la giustificazione addotta non avrebbe potuto essere ritenuta sufficiente.

Anche questo mezzo è destituito di fondamento.

L’Amministrazione aveva invero già anticipato in sede di chiarimenti (nel rispondere alle domande nn. 9 e 16.2) che avrebbe accettato anche una sola referenza bancaria, purché fossero state motivate le ragioni dell’impossibilità di indicare i due istituti bancari espressamente richiesti. E questo è quanto nella fattispecie risulta avvenuto, in aderenza, tra l’altro, al disposto dell’art. 41, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, che in presenza di “*giustificati motivi*” permette di dimostrare la capacità economica e finanziaria mediante documentazione –reputata idonea dalla stazione appaltante- diversa dalle specifiche referenze prescritte. Everis aveva difatti rappresentato a tempo debito, all’Amministrazione, di

appartenere all'omonimo Gruppo, e che era quest'ultimo a gestire unitariamente l'accesso al credito e ai servizi finanziari. Sicché l'Amministrazione, nella propria discrezionalità, con congrua valutazione ha ritenuto soddisfatta la condizione dei "giustificatimotiv?", e, nel rispetto delle indicazioni da essa anticipate e della norma di legge, ha ammesso la concorrente, pur titolare di una sola referenza bancaria, alla gara.

19. L'ultimo mezzo articolato in primo grado verteva, infine, sulla mancata attivazione a carico dell'aggiudicataria del procedimento di preventiva verifica dell'anomalia dell'offerta in applicazione dell'art. 86, comma 2, del Codice dei contratti pubblici. La Everis aveva infatti riportato punteggi superiori alla soglia dei quattro quinti dei punti massimi previsti dal bando di gara.

Nel senso dell'infondatezza anche di questa doglianza militano le seguenti considerazioni.

Vertendosi in materia di appalto di servizi sotto la soglia comunitaria, da aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e celebrato prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 207\2010 (che reca disposizioni ben più puntuali di quelle del Codice in tema di anomalia delle offerte negli appalti sotto soglia), la disciplina codicistica sulla verifica dell'anomalia delle offerte di cui all'art. 86 non era direttamente ed integralmente applicabile (cfr. l'art. 32 del d.lgs. n. 163\2006 sul campo di applicazione delle norme del titolo I -"Contratti di rilevanza comunitaria"- della stessa fonte), salvo che per il principio generale di chiusura codificato all'art. 86 comma 3, né per la fattispecie valeva il disposto dell'art. 124 comma 8 (che peraltro richiama proprio l'art. 86 comma 3 per i casi in cui non sia applicabile l'esclusione automatica), bensì la verifica di anomalia era affidata in via di principio al prudente apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione.

D'altra parte, la *lex specialis* non richiamava gli artt. 86 e segg. del Codice, ed essa è rimasta inoppugnata sotto questo profilo; inoltre, non è esatto che l'Amministrazione si fosse autovincolata ad effettuare la valutazione di anomalia, posto che il disciplinare si limitava al riguardo a configurarne lo svolgimento in termini di mera eventualità (“... che l'Amministrazione utilizzerà in caso di verifica dell'offerta anomala”).

Il fatto, poi, che la medesima *lex specialis* richiedesse di presentare la scheda (c.d. SO) relativa alla scomposizione del prezzo, se da una parte permetteva all'Amministrazione di acquisire anticipatamente le giustificazioni riflettenti l'articolarsi delle singole voci di prezzo, dall'altra non la vincolava a procedere ineluttabilmente a verifica di anomalia, alla quale essa poteva ritenersi tenuta solo in caso di concreto sospetto. E nella fattispecie, essendo ipotizzabile un caso di verifica non obbligatoria, ma solo facoltativa, non è stata assunta alcuna determinazione in materia proprio in quanto non è stato ravvisato alcun sospetto di anomalia (laddove per attivare una verifica facoltativa di anomalia occorre, appunto, che emerga un *fumus* sulla base di elementi specifici: C.d.S., VI, n. 3143 del 2009; AVCP, determina n. 6 dell'8\7\2009).

Dal canto suo, Everis aveva fornito, attraverso la scheda SO, elementi idonei e sufficienti per la verifica della sua offerta; né il fatto che essa non avesse incluso la voce delle spese generali nella propria scheda poteva dirsi di per se stesso significativo, sia perché la relativa previsione non era sanzionata a pena di esclusione, sia perché l'utile da essa indicato (8,33 %) era comunque ampio, attendibile e potenzialmente assorbente.

20. In definitiva, tutte le doglianze originariamente articolate da Axisnet si rivelano infondate.

Conclusivamente, gli appelli in epigrafe devono essere accolti e, in parziale riforma della sentenza appellata, va integralmente respinto il ricorso di primo grado.

La complessità dei termini fattuali della controversia induce a compensare tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riuniti gli appelli in epigrafe, li accoglie, e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2011

IL SEGRETARIO

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