

Publicato il 17/04/2023

N. 03856/2023REG.PROV.COLL.
N. 07111/2020 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 7111 del 2020, proposto da E.B.C. S.r.l. in proprio e quale Capogruppo Mandataria del Costituendo Rti, Rti Tab Consulting S.r.l., Rti Nesa S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco De Bonis, Luca Di Mase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Basilicata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Roberto Brancati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Publisy S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Massatani, Dario Capotorto, Giuseppe Buscicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Rti Telecom S.p.A., non costituita in giudizio;

Cae S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dall'avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Lazzaretti in Roma, largo di Torre Argentina 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, Sezione Prima, n. 00265/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Basilicata e di Publisys S.p.A. e di Cae S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2022 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati De Bonis, Zoppellari e Capotorto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 2 settembre 2020 e depositato il successivo 14 settembre E.B.C. S.r.l., in proprio e quale Capogruppo Mandataria del Costituendo Rti, Rti Tab Consulting S.r.l., Rti Nesa S.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, Sezione Prima, n. 265/2020, con cui è stato rigettato il ricorso da essa proposto avverso la determinazione della Regione Basilicata, n. 20AC.2019/D.00180, del 13 novembre 2019, recante l'aggiudicazione della gara per l'affidamento *in outsourcing* dei “servizi di gestione e manutenzione del Centro per il monitoraggio ambientale (CMA) dell’Agenzia regionale per la protezione ambientale della Basilicata (ARPAB)” in favore del costituendo raggruppamento composto dalle ditte CAE s.p.a., mandataria, e Telecom Italia s.p.a., mandante.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato:

- la Regione Basilicata, con determinazione n. 20AC.2018/D.00253 del 20 dicembre 2018, ha indetto la procedura comparativa in oggetto, per un importo a base d'asta di € 2.083.341,22, IVA esclusa;

- hanno presentato offerta soltanto il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di cui è mandataria la società odierna appellante e quello composto dalle imprese controinteressate;
- espletata la gara, all'esito dei lavori della commissione giudicatrice e delle attività di verifica di anomalia dell'offerta, ne è stata disposta l'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese formato da CAE s.p.a., mandataria, e Telecom Italia s.p.a., mandante, per un prezzo offerto di € 1.875.007,10;
- EBC, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I., secondo classificato, all'esito di accesso documentale, ha appreso che tra le ditte designate dalla suddetta a.t.i. come subappaltatrici vi era anche la società Publisys s.p.a., la quale però, da prima della indizione della gara, era il gestore, per conto della Regione Basilicata, del *“servizio di manutenzione adeguativa e correttiva al sistema informativo SUA-RB portale appalto in uso servizio di call center al personale – servizio di help desk agli operatori economici, supporto operativo di affiancamento tecnico agli uffici e formazione all'uso del sistema informativo dedicato al personale della SUA-RB”*;
- a detta di EBC tale situazione avrebbe comportato una: *«manifesta condizione di conflitto di interessi di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016 in capo alla società Publisys e avrebbe dovuto determinare l'esclusione del raggruppamento composto delle ditte CAE e Telecom Italia»*;
- la deducente, con nota del 23 settembre 2019, ha pertanto chiesto alla stazione appaltante di provvedere, in autotutela, alla immediata esclusione dalla gara del R.T.I. controinteressato;
- la stazione appaltante ha risposto negativamente, con note del 18 settembre 2019 e del 4 dicembre 2019.

3. EBC è pertanto insorta avverso il provvedimento di aggiudicazione, con ricorso innanzi al Tar Basilicata, articolando, in due motivi, le seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 52, 53, 58 e 80 (comma 5 lett. d ed f-bis) e 105 del d.lgs 50/2016, nonché dell'art. 9 del disciplinare di gara in relazione ad una situazione di conflitto di interesse e di omessa dichiarazione della suddetta situazione. Violazione della l. 241/90, della l. 190/2012, del d.lgs 39/2013, del d.P.R. 62/2013. Violazione delle ulteriori disposizioni del d.lgs. 50/2016 e della *lex specialis* di gara poste a tutela della regolarità della procedura di gara, della segretezza delle offerte, degli atti di gara e delle attività valutative della commissione giudicatrice. Violazione del principio del giusto procedimento. Difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento di aggiudicazione in merito alla violazione dell'obbligo di segretezza. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto ed illogicità dell'azione amministrativa.

Con il primo motivo di ricorso EBC ha lamentato che il R.T.I. aggiudicatario dovesse essere escluso, avendo inserito, nella compagine delle imprese subappaltatrici, Publisys s.p.a., che versava in una situazione di conflitto di interesse, in quanto svolgente il ruolo di gestore del *“servizio di manutenzione adeguativa e correttiva al sistema informativo SUA-RB portale appalto in uso servizio di call center al personale – servizio di help desk agli operatori economici, supporto operativo di affiancamento tecnico agli uffici e formazione all'uso del sistema informativo dedicato al personale della SUA-RB”*, che le avrebbe consentito di avere *“accesso a tutti gli atti e documenti prodotti dai concorrenti nelle procedure di gara telematica indette dalla stazione appaltante regionale, nonché ai verbali di gara delle sedute riservate se caricate sulla piattaforma”*.

Detta situazione in ogni caso avrebbe comportato, in tesi attorea, un *vulnus* alla segretezza delle offerte e dello svolgimento della procedura di gara.

II. Violazione e falsa applicazione degli art. 80, 97 e 105 del d.lgs. 50/2016, nonché dell'art. 9 del disciplinare di gara. Violazione del principio del giusto procedimento. Difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento di aggiudicazione. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto ed illogicità dell'azione amministrativa.

Con il secondo motivo la deducente ha lamentato che il sub-affidamento, dichiarato ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, dalla controinteressata CAE s.p.a., nell'ambito del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta a favore della ditta Beta 80 in relazione ai “*servizi di manutenzione e gestione del c.d.c.*”, costituirebbe in realtà un subappalto, poiché le attività in esso ricomprese andrebbero eseguite direttamente a favore della stazione appaltante e non già dell'operatore economico aggiudicatario della commessa. Si tratterebbe, in particolare, dei servizi di continuità, disaster recovery e manutenzione, che non sarebbero svolti in favore delle società concorrenti ma direttamente all'ente appaltante. Mal avrebbe agito, quindi, la commissione di gara nel non aver escluso il raggruppamento aggiudicatario per l'asserita falsa dichiarazione resa in tema di subappalto.

3.1. Si sono costituite in giudizio le controinteressate Publisys s.p.a. e CAE s.p.a., eccependo in parte l'inammissibilità e per il resto l'infondatezza del ricorso.

3.2. Si è, altresì, costituita in giudizio la Regione Basilicata, versando in atti documentazione e una relazione amministrativa del Dipartimento stazione unica appaltante sulla vicenda oggetto del giudizio.

4. La sentenza appellata ha rigettato entrambi i motivi di ricorso.

5. Con l'atto di appello EBC ha articolato avverso la sentenza di *prime cure*, criticando i passaggi motivazionali con cui erano stati rigettati i due motivi di ricorso, i seguenti due motivi:

1) *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 52, 53, 58, 64, 80 (comma 5 lett. d ed f-bis) e 105 del D.lgs 50/2016, nonché dell'art. 9 del disciplinare di gara in relazione ad una situazione di conflitto di interesse e di omessa dichiarazione della suddetta situazione. Violazione della L.241/90, della L.190/2012, del D.lgs 39/2013, del D.P.R. 62/2013. Violazione delle ulteriori disposizioni del D.lgs. 50/2016 e della *lex specialis* di gara poste a tutela della regolarità della procedura di gara, della segretezza delle offerte, degli atti di gara e delle attività valutative della commissione giudicatrice.

Violazione del principio del giusto procedimento. Difetto di istruttoria e carenza di motivazione in merito alla violazione dell'obbligo di segretezza. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto ed illogicità dell'azione amministrativa.

II) *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli art. 80, 97 e 105 del D.lgs 50/2016, nonché dell'art. 9 del disciplinare di gara. Violazione del principio del giusto procedimento. Difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento di aggiudicazione. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto ed illogicità dell'azione amministrativa.

5.1. Parte appellante ha altresì riproposto in questa sede la domanda di tutela in forma specifica volta ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto *de quo*, con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con le ditte controinteressate e con espressa richiesta di subentro nel suddetto contratto.

5.2. Si sono costituiti la Regione Campania, CAE s.p.a. e Publish s.p.a., instando per il rigetto dell'appello.

5.3. All'udienza camerale del 22 dicembre 2020, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, parte appellante ha rinunciato all'istanza cautelare.

5.4. All'esito dell'udienza pubblica del 4 marzo 2021, con ordinanza collegiale n. 3142 del 2021, la sezione ha disposto verifica sulla base dei seguenti rilievi:

“Premesso che:

- E.B.C. s.r.l. ha impugnato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata n. 265/2020 di reiezione del suo ricorso avverso il provvedimento della Regione Basilicata del 13 novembre 2019 con il quale era aggiudicata al r.t.i. Cae la procedura di gara per l'affidamento in outsourcing dei “servizi di gestione e manutenzione del Centro per il Monitoraggio (CMA) dell'Agenzia regionale per la Protezione Ambientale della Basilicata (ARPAB)”;

- con il secondo motivo di appello in particolare E.B.C. si duole che sia stato respinto il (secondo) motivo del ricorso introduttivo diretto ad ottenere l'esclusione della

controinteressata dalla procedura di gara per aver dichiarato nelle giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, e non in offerta come invece dovuto, di voler affidare alla società Beta 80 Group i servizi di manutenzione e gestione del c.d.c. – centro di controllo;

- in particolare, il giudice di primo grado ha ritenuto infondato il motivo proposto per essere le prestazioni assegnate alla società Beta 80 Group estranee al subappalto perché qualificabili come “prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura” di cui all’art. 105, comma 3, lett. c – bis) del codice dei contratti pubblici, per le quali non è richiesto la previa dichiarazione in sede di offerta tecnica;

- sostiene invece l'appellante che le prestazioni affidate alla società Beta 80 Group, consistendo nei “servizi di continuità, disaster recovery e manutenzione” non siano dirette all'operatore concorrente (o a taluna delle società componenti il raggruppamento), ma direttamente alla stazione appaltante e ciò varrebbe ad escludere che le stesse possano rientrare nell'ambito delle prestazioni rese in forza di contratti continuativi di cooperazione ai sensi dell’art. 105, comma 3, lett. c – bis) del codice;

Considerato che:

- al fine di decidere sul motivo di appello proposto è indispensabile verificare la effettiva tipologia di prestazione che Beta 80 Group si è impegnata a fornire a CAE s.p.a. con il contratto continuativo di cooperazione, depositato in atti (cui si accompagna altro documento con intestazione “Condizioni specifiche di contratto continuativo di cooperazione”) ed in particolare se le stesse siano corrispondenti, o anche solo meramente riconducibili, alle prestazioni previste a carico dell'appaltatore dal Capitolato speciale d'appalto;

- per il carattere specialistico delle prestazioni oggetto del Capitolato speciale d'appalto, e correlativamente di quelle rimesse alla società Beta 80 Group, è necessario affidare a soggetto dotato di competenza tecnica peritale tale accertamento;

Ritenuto di incaricare di tanto il coordinatore del corso di studi in Ingegneria informatica della Facoltà di ingegneria dell'Università degli studi di Napoli Federico II, con facoltà di delega in ragione della più opportuna professionalità richiesta per l'espletamento dell'incarico, allo scopo di stabilire ai fini della risoluzione della presente controversia se i

servizi che Beta 80 Group si è impegnata a fornire a CAE come riportati nei documenti in precedenza citati (“Contratto continuativo di cooperazione per servizi” e “Condizioni specifiche di contratto continuativo di cooperazione”) corrispondano ovvero siano in qualche misura assimilabili – e in questo caso in che termini – alle prestazioni oggetto del contratto d’appalto così come descritte nel capitolato tecnico dell’appalto (da richiedere eventualmente alla stazione appaltante)”.

5.5. Il Prof. Ing. Marcello Cinque, incaricato della verifica, ha provveduto al deposito della relazione in data 30 settembre 2021.

5.6. Non avendo la verifica fornito una risposta esauriente al quesito posto, la Sezione, con successiva ordinanza n. 4893/2022, ha disposto un’integrazione della stessa alla stregua delle seguenti motivazioni: *“Rilevato che nella relazione di verifica, depositata in data 30 settembre 2021, il Prof. Ing. Marcello Cinque ha in primis osservato “In prima istanza, come richiesto dal quesito, ci si è limitati a verificare se risulta corrispondenza tra i servizi che Beta 80 Group si è impegnata a fornire a CAE e le prestazioni oggetto del capitolato d’appalto ovvero se gli stessi servizi siano assimilabili alle prestazioni del capitolato.*

Da una semplice analisi del documento “Condizioni specifiche di contratto continuativo di cooperazione” è immediato riscontrare una corrispondenza diretta, dal punto di vista meramente lessicale, con alcune delle prestazioni oggetto dell’appalto. Nel suddetto documento è fatto esplicito riferimento al Capitolato speciale descrittivo e prestazionale (Allegato 1b di gara) come “parte integrante e sostanziale del presente accordo”, e gli ambiti di intervento della Beta 80 sono riportati nella seguente tabella, estratta dal documento, in cui sono anche riportati i riferimenti a specifici paragrafi del capitolato: 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3 e 4.3.8. Risulta quindi evidente la netta corrispondenza tra i servizi che Beta 80 si è impegnata a fornire a CAE con alcune delle prestazioni previste dal capitolato, ossia le prestazioni 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, e 4.3.8, richiamate in tabella. Tuttavia tale corrispondenza può ritenersi tale solo sul piano lessicale/formale, e non sul piano sostanziale/tecnico. Difatti, come emerso dal confronto tra le parti seguito alla consegna della prima bozza di relazione, la mera corrispondenza letterale/sintattica tra le locuzioni utilizzate nei due documenti (capitolato e condizioni specifiche di contratto continuativo) non

avrebbe richiesto alcuna verifica sul piano tecnico. Inoltre, nel documento “Condizioni specifiche di contratto continuativo di cooperazione”, in riferimento alla tabella su riportata, si parla di ambiti di intervento di Beta 80. In altri termini, i servizi offerti da Beta 80 sono inequivocabilmente ricadenti negli ambiti di intervento di cui sopra, e dunque evidentemente assimilabili, riconducibili ad una parte delle prestazioni previste a carico dell'appaltatore dal Capitolato speciale d'appalto (le succitate prestazioni descritte ai punti 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, e 4.3.8 del Capitolato)”.

Pertanto, esaminando la questione da un punto di vista sostanziale, dopo analisi degli ambiti di intervento demandati a Beta 80, il verificatore ha così concluso: “In conclusione, è possibile affermare che i servizi che Beta 80 si è impegnata a fornire a CAE corrispondono ad una parte dell'oggetto d'appalto, e più chiaramente, sono riconducibili alle attività di manutenzione ed evoluzione del software e ai servizi di continuità del Centro di Controllo (CdC) del Centro di Monitoraggio Ambientale della Stazione Appaltante. Parte di queste prestazioni (e in particolare la 4.3.1, la 4.3.2 e la 4.3.8) sono ritenute dal sottoscritto non marginali ai fini del corretto funzionamento del CdC. Inoltre, alcune di queste, come la manutenzione correttiva ed evolutiva, risultano essere tra le prestazioni maggiormente incentrate sulla logica applicativa dei servizi software erogati dal Centro di Monitoraggio Ambientale ARPAB. Pertanto, richiedono di acquisire sul campo conoscenza approfondita del software del CdC, nonché l'accesso e la modifica/evoluzione del codice sorgente dei software in uso presso ARPAB.

D'altra parte, è importante rilevare che tra i termini della collaborazione preesistente tra CAE e Beta 80 viene fatto esplicito riferimento al fatto che i servizi di Beta 80 possono essere resi a CAE nell'interesse di richieste di clienti, in tal caso ARPAB. E si presuppone, data la natura dell'accordo quadro tra CAE e Beta 80, la stretta cooperazione tra il personale di CAE e il personale di Beta 80, nell'ambito più generale dei processi necessari ad espletare le attività di manutenzione e supporto operativo richieste. Infine, anche tenendo in conto un'analisi di alto livello della congruità dei costi esposti da Beta 80, è ragionevole supporre che l'affidamento di tali servizi a Beta 80 sia parziale e richieda il complemento e la cooperazione di personale CAE nei più ampi processi che

regolano i cicli di sviluppo e manutenzione del software, specialmente per ciò che attiene allo sviluppo di nuovi applicativi (4.3.3) e ai servizi di continuità (4.3.8).

Come sottolineato dalla parte controinteressata, l'esternalizzazione delle risorse umane rappresenta una pratica comune nei processi di sviluppo e manutenzione del software, in cui il costo delle risorse umane rappresenta il fattore predominante. Pertanto, all'occorrenza si integrano i team di sviluppo con personale specializzato esterno (pagati a seconda delle loro tariffe orarie), con sostanziali riduzione dei costi (in termini di salari, benefici, vacanze pagate, etc.), o al fine di acquisire specifiche competenze non presenti nell'azienda. Ciò è in linea con le prestazioni offerte da Beta 80, la quale si impegna unicamente a fornire servizi di natura intellettuale (personale ad alta specializzazione nel settore informatico) da integrare nei processi di manutenzione e sviluppo, la cui responsabilità, gestione, implementazione e fornitura rimane, a detta della controinteressata, in capo a CAE. Tuttavia, come osservato dall'appellante, tali considerazioni potrebbero essere fuorvianti se non rilette alla luce di informazioni precise circa la composizione del team e il costo complessivo esposto da CAE sulle attività del CdC, informazioni non presenti nella documentazione che si è stabilito essere oggetto di verifica”.

- Ritenuta pertanto la necessità che il verificatore, Prof. Ing. Marcello Cinque, al fine di dare compiuta risposta al quesito demandatogli, non si limiti a fare riferimento alle affermazioni della parte - onde evincere in via presuntiva la circostanza che i servizi offerti da Beta 80 debbano intendersi integrati nei processi di manutenzione e sviluppo imputabili a CAE, e che sussista una stretta cooperazione tra il personale di CAE e il personale di Beta 80, nell'ambito più generale dei processi necessari ad espletare le attività di manutenzione e supporto operativo richieste e che pertanto l'affidamento di tali servizi a Beta 80 sia parziale - ma proceda ad un'attenta disamina della composizione del team e del costo complessivo esposto da CAE sulle attività del CdC, quali evincibili da tutta la documentazione di gara, ivi compresa l'offerta tecnica di CAE”.

5.7. Il verificatore ha provveduto al deposito della relazione conclusiva in data 15 luglio 2022.

5.8. In vista dell'udienza pubblica fissata per la discussione di merito dell'appello, E.B.C. e CAE hanno prodotto documenti e memoria difensiva,

insistendo nei rispettivi assunti.

5.8.1. CAE, in particolare, nel rinviare ai precedenti scritti difensivi e nell'insistere sul rigetto della proposta domanda di subentro, ha rappresentato come la commessa di cui è causa sia quasi del tutto esaurita, terminando il servizio in questione, comprensivo della proroga contrattuale nelle more intervenuta, in data 31.12.2022.

5.8.2. E.B.C., anche alla luce delle risultanze della verifica, ha insistito per l'accoglimento dell'appello, con conseguente riforma della sentenza di primo grado e concessione di tutela in forma specifica mediante subentro nel contratto stipulato con la ditte controinteressate, per la porzione di servizio non ancora eseguita, nonché mediante la contestuale possibilità di affidamento per l'intero periodo previsto dal bando di gara, a decorrere dalla data dell'effettivo subentro, trattandosi di appalto di durata, riservandosi peraltro l'attivazione di un separato giudizio per il risarcimento dei danni per equivalente in caso di oggettiva impossibilità del subentro.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 20 dicembre 2022.

DIRITTO

7. Con il presente appello E.B.C. sottopone a critica la sentenza del Tar Basilicata laddove ha rigettato i due motivi del ricorso di *prime cure*.

7.1. Segnatamente il giudice di *prime cure* ha disatteso il primo motivo del ricorso, rilevando in primo luogo come la censura sul dedotto conflitto di interesse, avente portata escludente, si appalesi generica, non essendo stata individuata, o comunque resa individuabile, la o le persone fisiche che concretamente verserebbero in situazione di conflitto di interessi, venendo in rilievo un disposto, quale quello invocato dell'art. 42 comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che, al pari di altri presenti nell'ordinamento (quali l'articolo 6-bis della legge n. 241/1990, la legge n. 190 del 2012, il d.lgs. n. 39 del 2013, gli artt. 3, 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. n. 62 del 2013, l'articolo 53, comma 14, del d.lgs. 165 del 2001, l'articolo 78 del d.lgs. n. 267 del 2000), si rivolge a

funzionari, dipendenti, agenti pubblici e collaboratori delle pubbliche amministrazioni, laddove nel ricorso non si rinverrebbero specifici riferimenti a singoli componenti della stazione appaltante o della commissione di gara che verserebbero in tale condizione giuridica o di fatto, dalla quale scaturirebbe un rischio di siffatti comportamenti, avendo la ricorrente semplicemente lamentato che Publisys s.p.a., nella qualità di affidataria, per conto della stazione appaltante, del servizio di manutenzione di taluni aspetti del suo sistema informativo, sarebbe stata in condizione di accedere ai dati e agli elementi delle offerte dei concorrenti nella procedura comparativa; peraltro detta affermazione, a detta del primo giudice, non supererebbe la soglia di genericità, posto che non erano stati indicati coloro che, all'interno della compagine sociale, effettivamente avrebbero tale possibilità, o il collegamento con uno o più funzionari della stazione appaltante o membri della commissione di gara.

7.1.1. Il giudice di *prime cure* ha rigettato la doglianza anche avendo riguardo alla prospettiva della violazione del principio di riservatezza e di integrità dei contenuti delle offerte; principio che in tesi attorea, risulterebbe vulnerato dalla possibilità per la Publisys s.p.a. di avere «*accesso a tutti gli atti ed ai documenti prodotti dai concorrenti nelle procedure di gara telematica indette dalla stazione appaltante regionale*», a essa consentita dal ruolo di appaltatore del servizio di manutenzione di taluni profili del sistema informatico del Dipartimento SUA-RB, evidenziando, anche riguardo a tale profilo, la carenza di concreti riscontri, con individuazione di indizi precisi e concordanti, idonei quantomeno a sostanziare l'ipotesi della deducente; da ciò l'irrimediabile contenuto ipotetico della censura.

7.1.2. Inoltre nella sentenza gravata si è dato rilievo alla circostanza, riportata dal verbale della seduta pubblica del 28 marzo 2019, della priorità temporale della presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento risultato aggiudicatario rispetto a quella della deducente, sicché non sarebbe stato possibile ipotizzare accessi ad informazioni riservate da parte del primo,

essendo stata l'offerta della ricorrente "caricata" sulla piattaforma informatica soltanto in un momento temporale successivo ed essendo incontrovertito che il sistema informatico avesse apposto automaticamente una marca temporale, emessa da un ente terzo certificatore.

Pertanto, ad avviso del giudice di *prime cure*, portata recessiva assumerebbero le argomentazioni della ricorrente, volte a sostenere l'astratta accessibilità da parte della Publisys s.p.a. alle offerte, fermo restando che non risulterebbe assolto l'onere della ricorrente di acquisire dalla stazione appaltante l'esito del tracciamento delle operazioni informatiche compiute relativamente alla gara in oggetto, tramite registrazioni di sistema – c.d. "log", per verificare se e in quali circostanze la controinteressata avesse eventualmente avuto accesso alla piattaforma informatica.

7.1.3. Il primo giudice ha del pari rigettato la censura secondo la quale i verbali di gara non riporterebbero nello specifico la descrizione delle misure di sicurezza adottate dal RUP, dando continuità all'ampio indirizzo pretorio secondo cui non è sufficiente lamentare la mancata verbalizzazione delle modalità adottate a garanzia della non dispersione di notizie riservate sui contenuti delle offerte tecniche, essendo necessario circostanziare l'avvenuta compromissione dei principi di imparzialità, trasparenza e riservatezza delle offerte ed ha ritenuto inammissibile, perché introdotta per la prima volta con memoria di replica, non notificata, e perché concretante un sostanziale ampliamento del *thema decidendum*, la domanda di «*annullamento dell'intera gara per effetto della conclamata violazione del principio di segretezza degli atti di gara*».

7.2. Ciò posto, parte appellante, con il primo motivo ha censurato la non correttezza della decisione di primo grado nella parte in cui ha respinto il primo motivo di ricorso, evidenziando l'erroneità della limitazione delle norme sul conflitto di interesse alle sole persone fisiche, con la conseguente necessità di individuare nominativamente, sempre e comunque, le singole persone fisiche cui imputare la condizione di conflittualità; ciò in quanto la condizione di incompatibilità riguarderebbe, a mente dell'art. 42 codice dei

contratti, anche i prestatori di servizi che operino per conto della stazione appaltante, e che, in virtù di tale funzione, possano determinare alterazioni del regolare iter della procedura di gara.

7.2.1. A detta di E.B.C. pertanto non sarebbe possibile limitare alle sole persone fisiche le norme in tema di conflitto di interesse, trattandosi di disposti che riguardano sicuramente anche tutte quelle società che, in veste di prestatori di servizi o collaboratori delle stazioni appaltanti, versino in una oggettiva condizione di conflitto, per la loro possibilità di condizionare il regolare svolgimento della gara. Nell'ipotesi di specie, in tesi di parte appellante, sarebbe direttamente la società Publysis s.p.a., subappaltatrice del R.T.I. aggiudicatario, a versare nella condizione di conflitto, in quanto affidataria di un servizio che la pone nella possibilità di avere accesso a dati e informazioni in grado di compromettere pesantemente il regolare svolgimento della gara.

7.2.2. Erronea a dire di parte appellante sarebbe inoltre la sentenza anche nella parte in cui ha affermato che sarebbe stato onere di essa ricorrente “*offrire la prova di eventuali violazioni, in punto di alterazione dei risultati o di manipolazione dei contenuti delle offerte*”, omettendo di considerare la sussistenza del conflitto di interessi anche con riferimento alle situazioni meramente potenziali e non necessariamente connesse all'esistenza di un concreto conseguimento di un vantaggio competitivo, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione; pertanto, in tesi di parte appellante, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze, con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto.

7.2.3. Irrilevante inoltre sarebbe, secondo la prospettazione attorea, quanto affermato in sentenza circa la presentazione preventiva dell'offerta da parte dell'aggiudicataria, atteso che l'obbligo di segretezza è destinato a permanere

durante tutto lo svolgimento della gara, non venendo meno solo perché un concorrente ha presentato la propria offerta, non potendo lo stesso in corso di gara avere accesso alle offerte altrui, né tantomeno ai verbali riservati della commissione, nei quali vengono riportate le valutazioni delle offerte tecniche, stante la possibilità di condizionare le valutazioni e l'operato della commissione e di rendere possibili molteplici forme di turbativa della gara in funzione della anticipata conoscenza delle varie offerte.

7.2.4. Il giudice di primo grado inoltre, secondo parte appellante, avrebbe totalmente errato nel fare affidamento sul sistema di marcatura temporale, perché l'anomalia della piattaforma informatica, da essa contestata, comporterebbe l'inaffidabilità anche del sistema di marcatura temporale della offerte, come evincibile dalla relazione datata 10 ottobre 2019, redatta dal dirigente dell'Ufficio Amministrazione Digitale della Regione, che aveva precisato che *“mancherebbero, in primis, riferimenti a marcature temporali esterne al sistema atte a garantire l'istante in cui le operazioni vengo effettuate”*.

L'effetto distorsivo sarebbe pertanto determinato dalla conoscibilità di dati e notizie che, ai sensi dell'art. 53 del D.lgs 50/2016, dovrebbero essere rigorosamente segretate fino al momento dell'aggiudicazione.

Tale situazione comporterebbe quindi il divieto di partecipazione alla gara per effetto di quanto stabilito dall'art. 80, comma 5 lett. d) e dall'art. 42, comma 2 del D.lgs n. 50/2016, avuto riguardo al rilievo che il manutentore della piattaforma era in possesso delle chiavi crittografiche (Ks) utilizzate per cifrare i documenti ed aveva la piena possibilità di accedere ai documenti stessi.

7.2.5. Secondo E.B.C. la potenziale condizione di conflitto di interessi rileverebbe anche sotto un ulteriore ed autonomo profilo, ovvero quello della mancata dichiarazione in ordine ad una possibile condizione di conflitto da parte della subappaltatrice designata, per cui erronea dovrebbe ritenersi la valutazione espressa al riguardo dal giudice di primo grado, secondo la quale la dichiarazione in esame sarebbe stata superflua poiché la stazione appaltante

avrebbe dovuto essere già edotta del fatto che la Publisys fosse il gestore della piattaforma; ciò in quanto l'onere di dichiarazione sussisterebbe a prescindere da possibili informazioni eventualmente conoscibili dai commissari di gara e comunque la mancata dichiarazione aveva comportato l'omessa valutazione di una possibile (o meglio certa) condizione di conflitto di interesse.

8. Le censure articolate con il primo motivo di appello devono essere disattese, dovendo essere confermata, sia pure in parte con diversa motivazione, la sentenza di *prime cure*.

8.1. Ed invero, ai sensi dei richiamati disposti dell'art. 80 comma 5 lett. d) ed e) del codice dei contratti pubblici “5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora:*

d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;

e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive”.

8.2. Il richiamato art. 42 comma 2 a sua volta statuisce: “*Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62”.*

8.3. Nell'ipotesi di specie non sussisteva alcuna situazione di conflitto di interesse, rilevante ai sensi del combinato disposto dell'art. 80 comma 5 lett. d) e dell'art. 42 comma 2, atteso che la fattispecie stigmatizzata dal Codice dei contratti pubblici afferisce al particolare legame fra l'operatore economico

partecipante alla procedura evidenziale ed il personale della stazione appaltante o il prestatore di servizi chiamato ad intervenire nello svolgimento della medesima procedura, in grado di influire sulle relative risultanze, laddove nell'ipotesi di specie viene censurato il fatto che il prestatore di servizi Publisys, subappaltatore del R.T.I. aggiudicatario, fosse addetto al sistema manutentivo della piattaforma telematica utilizzata per la gestione della procedura di appalto, situazione questa, in tesi di parte appellante, in grado di minare la segretezza della procedura di gara, mentre detta fattispecie è estranea alla previsione dell'art. 42 comma 2.

8.3.1. Le ipotesi di cui all'art. 42, comma 2, del Codice si riferiscono infatti a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni.

8.4. Il richiamato art. 7 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, nel disciplinare la prima ipotesi, ex D.P.R. n. 62 del 2013, a sua volta, sancisce l'obbligo dei dipendenti di astensione *"dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività, che possano coinvolgere un interesse proprio ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale ovvero di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente"* oppure *"in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza"*.

8.5. Nelle linee guida Anac n. 15, recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019, si chiarisce che "Il conflitto di interesse individuato all'articolo 42 del codice dei contratti pubblici è la situazione in cui la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito è potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara. In altre parole, l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico, si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico". Si è inoltre chiarito che il rischio che si intende evitare può essere soltanto potenziale e va valutato *ex ante* rispetto all'azione amministrativa.

8.5.1. Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione, nelle Linee guida si segnala che "L'articolo 42 del codice dei contratti pubblici offre una definizione di conflitto di interesse riferita al personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi. Si tratta dei dipendenti in senso stretto, ossia dei lavoratori subordinati dei soggetti giuridici ivi richiamati e di tutti coloro che, in base ad un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. Si fa riferimento, ad esempio, ai membri degli organi di amministrazione e controllo della stazione appaltante che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, agli organi di governo delle amministrazioni aggiudicatrici laddove adottino atti di gestione e agli organi di vigilanza esterni." e che la disposizione "si applica ai soggetti individuati ai punti precedenti che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di gestione del contratto pubblico (programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti) o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente."

Infine, al punto 10.5 delle Linee guida vengono indicate, in forma tabellare, le varie fasi della procedura di gara, i soggetti coinvolti e i potenziali rischi di conflitto di interessi.

8.6. Anche la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che le ipotesi di cui all'art. 42, comma 2, del Codice si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni (Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415).

La definizione normativa, del resto, appare coerente con lo *ius receptum* per cui le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della pubblica amministrazione, ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o meno un risultato illegittimo (Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2004, n. 563).

Peraltro, ai fini della configurazione di una situazione anche potenziale di conflitto di interessi, ex art. 42 del Codice, sono richieste verifiche in concreto e "prove specifiche", mentre non è sufficiente effettuare mere ipotesi congetturali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2019).

9. Ciò posto, le censure di cui al primo motivo di appello si appalesano infondate, in quanto, pur dovendosi ritenere che la posizione di conflitto di interesse, al contrario di quanto osservato dal primo giudice, possa riguardare anche il prestatore di servizi che interviene nella procedura di gara per conto della stazione appaltante, deve osservarsi come le contestazioni sollevate da

parte appellante appaiono generiche e non riferite a situazioni specifiche che possano portare a configurare la dedotta situazione di conflitto di interessi.

9.1 Né detta situazione può farsi derivare dalla semplice circostanza che la Soc. Publisys S.p.A. sia l'affidataria del servizio di manutenzione del sistema informativo SUA-RB Portale Appalti: seguendo, infatti, i confini tracciati dall'Autorità con le indicate Linee Guida, formulate in coerenza con il dettato normativo, perché possa dirsi esistente il rischio di un conflitto d'interessi è necessario dimostrare che il personale del prestatore di servizi sia coinvolto nell'iter che conduce all'aggiudicazione della commessa pubblica, svolgendo una funzione tale per cui è in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi, ovvero rivestendo, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.

9.1.1. Nessuna di tali circostanze appare ricorrere nel caso di specie: la Soc. Publisys, infatti, non risulta aver assunto il ruolo di prestatore di servizi rispetto alla gara in esame ed il suo "*personale*", peraltro neanche identificato, non risulta avere contribuito alla materiale predisposizione degli atti di gara, né rivestito alcun ruolo attivo o determinante nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica ovvero idoneo ad influenzare il processo decisionale della Stazione appaltante (in tal senso il parere precontenzioso Anac del 06/02/2020 reso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 su istanza presentata dalla Soc. Datacontact S.r.l., mandataria del costituendo raggruppamento con Lucana Sistemi S.r.l. e Cooperativa EDP La Traccia — Gara telematica mediante procedura aperta per l'acquisizione di soluzioni e servizi avanzati a supporto dell'agenda digitale — Importo a base di gara: euro 18.200.808,96 - S.A. Dipartimento SUA-Regione Basilicata/Ufficio appalti servizi e forniture, all. depositato da Publisys in primo grado in data 19 febbraio 2020).

9.1.2. Pertanto, non essendo stato affidato a Publisys s.p.a. alcuno specifico compito relativamente allo svolgimento della procedura evidenziale, la situazione di conflitto di interessi non può essere rilevata sulla base della mera

ipotesi congetturale che, essendo la stessa in possesso delle chiavi crittografiche utilizzate per cifrare i documenti, aveva la piena possibilità di accedere agli stessi, né sulla base del rilievo che il sistema di marcatura temporale non sarebbe completamente affidabile, trattandosi di condizioni non afferenti ad una situazione, anche potenziale, di conflitto di interessi, da riconnettersi al compito affidato al prestatore di servizi nello svolgimento della procedura di gara, ma attinenti semmai ad un preteso *vulnus* alla segretezza delle operazioni di gara, da ricondursi non al concreto svolgimento dei compiti affidati alla Pubblisys, di mero manutentore della piattaforma telematica per la gestione delle procedura di gara, ma ad una congetturata attività illecita, svolta dai soggetti, neanche identificati, addetti a detta attività manutentiva, rispetto alla quale non è stato offerto alcun principio di prova.

9.2. Ciò in disparte dalla considerazione che la censura riferita al *vulnus* arrecato alla segretezza delle operazioni di gara avrebbe dovuto comportare non l'esclusione dell'operatore economico – non essendo ravvisabile il dedotto conflitto di interesse – ma la ripetizione dell'intera procedura di gara, laddove la domanda di riedizione della gara è stata irritualmente proposta in *prime cure* solo con memoria difensiva (come evidenziato nella sentenza gravata, non appellata *in parte qua*) e correttamente non è stata riproposta nel presente grado di appello, profilandosi altrimenti una violazione del principio del divieto *dei nova* di cui all'art. 104 comma 1 c.p.a..

9.3. Stante l'insussistenza del dedotto conflitto di interesse non sussisteva neppure la causa espulsiva, in tesi di parte appellante da correlarsi all'omessa dichiarazione di detto conflitto. Ciò peraltro a prescindere dal rilievo che detta omessa dichiarazione non potrebbe ascriversi alla fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. f) bis del Codice, ma semmai all'ipotesi di cui all'art. 80 comma 5 lett. c bis, secondo le coordinate ermeneutiche di cui al noto arresto della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020, che ha chiarito come detta ipotesi, lungi dal concretare un automatismo espulsivo, vada rimessa all'apprezzamento, in termini di rilevanza e gravità, della stazione appaltante,

che peraltro, come ravvisato dal primo giudice, era senza dubbio a conoscenza dell'attività di manutenzione della piattaforma svolta da Pubblisys e cionostante ha ritenuto di ammettere il R.T.I. aggiudicatario in gara, non ravvisando alcuna ipotesi di conflitto di interesse ascrivibile alla subappaltatrice.

10. La sentenza gravata ha inoltre rigettato la censura con cui la deducente aveva lamentato che il sub-affidamento, dichiarato ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, dalla controinteressata CAE s.p.a. a favore della ditta Beta 80, in sede di procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, in relazione ai “*servizi di manutenzione e gestione del c.d.c.*” costituirebbe in realtà un subappalto, poiché le attività in esso ricomprese andrebbero eseguite direttamente a favore della stazione appaltante e non già dell'operatore economico aggiudicatario della commessa. Si tratterebbe, in particolare, dei servizi di continuità, disaster recovery e manutenzione, che non sarebbero svolti in favore delle società concorrenti ma direttamente all'ente appaltante.

10.1. Il giudice di *prime cure* ha disatteso la censura, ritenendo che si versasse nell'ipotesi contemplata dall'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del vigente Codice dei contratti pubblici che esclude dal novero di quelle affidate in subappalto «*le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura, sottoscritti in epoca anteriore all'indizione della procedura, finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto*», osservando che tale fattispecie si distingue dal subappalto sia per la direzione soggettiva delle prestazioni affidate (“*rese in favore*” dei soggetti affidatari che restano pur sempre gli unici responsabili nei confronti della stazione dell'appaltante per l'esecuzione delle prestazioni loro affidate) sia per l'oggetto del contratto (che non riguarda l'affidamento da parte dell'appaltatore a terzi di parte delle medesime prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, ma prestazioni che, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, appaiono rispetto a questa di

carattere complementare ed aggiuntivo, avendo natura residuale ed accessoria).

10.2. Il primo giudice ha al riguardo ritenuto che non sussistessero infatti elementi di prova o anche allegazioni di sorta che consentissero di escludere che le prestazioni di cui trattasi avessero carattere limitato e fossero svolte sempre sotto le direttive e il controllo del raggruppamento affidatario.

11. E.B.C. lamenta, con il secondo motivo di appello, l'erroneità della sentenza *in parte qua*, assumendo che era emerso in sede di giudizio di anomalia che il RTI aggiudicatario aveva subaffidato alla società Beta 80 una serie di servizi di manutenzione e gestione del C.D.C., ovvero una rilevante parte delle attività di sviluppo e manutenzione software del CdC, per un ammontare di euro 251.640,00 oltre iva, ovvero i servizi di continuità, disaster recovery e manutenzione, che non sarebbero minimamente diretti alle società concorrenti, costituite in R.T.I., ma direttamente all'ente appaltante.

Questa circostanza pertanto a dire di parte appellante sarebbe assolutamente dirimente, in quanto la società CAE aveva giustificato l'affidamento alla ditta Beta 80, invocando un contratto continuativo di cooperazione ai sensi dell'art. 105 comma 3 lett. c-bis) del D.lgs 50/2016, ma le prestazioni oggetto dei contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura dovrebbero essere solo quelle rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico, e non, invece, quelle rese direttamente a favore di quest'ultimo, come nella fattispecie del subappalto che invece, ai sensi dell'art. 105 comma 2 del D.lgs 50/2016, è "*il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto*". Da ciò la violazione delle norme in tema di subappalto, nonché la dichiarazione non veritiera in merito al subappalto, che costituirebbe ex se causa di esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del D.lgs 50/2016, in base al quale va estromesso dalla gara "*l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*".

12. Ciò posto, alla luce delle risultanze della disposta verifica, il secondo motivo di appello è fondato.

12.1. Ed invero il verificatore, nella relazione conclusiva, depositata dopo la disposta integrazione della verifica, avendo riguardo alla concreta disamina dell'offerta tecnica del R.T.I. aggiudicatario ha così concluso: *“La presente relazione integra le conclusioni della precedente relazione di verifica con i risultati di una attenta disamina della composizione del team e del costo esposto da CAE sulle attività del CdC, come richiesto dall'ordinanza collegiale richiamata in oggetto. Rimangono dunque valide le conclusioni della precedente relazione secondo cui i servizi che Beta 80 si è impegnata a fornire a CAE corrispondono ad una parte dell'oggetto d'appalto, e più chiaramente, sono riconducibili alle attività di manutenzione ed evoluzione del software e ai servizi di continuità del CdC, prestazioni ritenute dal sottoscritto non marginali ai fini del corretto funzionamento del CdC. Ad integrazione di queste conclusioni, e rispondendo al quesito integrativo, è ora possibile aggiungere che il costo complessivo esposto da CAE su tali attività ammonta a € 368.828,80 di cui € 318.650,55 relative a costi di Risorse Umane (il 41% delle Risorse Umane complessive esposte sul progetto, e il 47% delle risorse esposte da CAE). Dunque, circa la metà delle Risorse Umane preventivate da CAE sono da considerarsi impiegate sul CdC. Di questo importo, € 251.640,00 sono relativi alle prestazioni affidate a personale esterno di Beta80. In altri termini, circa il 68% dei costi complessivi esposti da CAE sul CdC, (il che diventa il 79% se si restringe l'analisi ai costi delle sole Risorse Umane esposte da CAE sul CdC), sono relativi a personale esterno (i servizi offerti da Beta80). Sul totale delle Risorse Umane del progetto, Beta80 contribuisce dunque per circa il 32%. Per quanto riguarda la composizione del team preventivato per il CdC, questo risulta essere composto da 18 figure professionali, di cui 2 afferenti a CAE, 13 a Beta80, 1 ad Alten Italia, e 2 liberi professionisti. Risulta inoltre che ulteriori 2 figure professionali afferenti a Beta80 vadano a ricoprire ruoli apicali che vanno oltre le attività strettamente collegate al CdC, quali il Responsabile del servizio e il Gestore del servizio, il che evidenzia la centralità di Beta80 sulle attività svolte per il committente, essendo il Responsabile di servizio “il punto di contatto principale con l'Amministrazione Committente”, ed essendo il Gestore di*

servizio “il riferimento per l’Amministrazione committente” e colui che “gestisce e coordina il team e i processi relativi ai servizi di fornitura e alla qualità dei servizi erogati”. Sia il dato economico sia il dato sulla composizione del team consentono quindi di constatare il sostanziale e significativo coinvolgimento preventivato per risorse di Beta80 sulle attività del CdC (e anche su ruoli apicali di gestione), mentre il personale CAE sembra essere maggiormente preventivato sulle attività inerenti alla rete di monitoraggio e di coordinamento generale.

Il seppur parziale coinvolgimento preventivato per il personale CAE sulle attività del CdC consente di confermare quanto già concluso nella precedente relazione relativamente alla cooperazione di personale CAE con Beta80 nei più ampi processi che regolano i cicli di sviluppo e manutenzione del software, e coerentemente con la natura dell’accordo quadro tra CAE e Beta 80, che prevede la stretta cooperazione tra il personale di CAE e il personale di Beta 80. Nella precedente relazione si era concluso con l’affermazione che “è ragionevole supporre che l’affidamento di tali servizi a Beta 80 sia parziale e richieda il complemento e la cooperazione del personale CAE”. Tuttavia, il dato economico e sulla composizione del team consentono ora di circoscrivere meglio il perimetro della cooperazione. Nei fatti, ora è possibile affermare che l’affidamento dei servizi a Beta 80 è quantificabile nella misura di circa il 79% sul totale dei costi di personale esposti da CAE sul CdC e in 13 sulle 18 risorse esposte complessivamente sulle attività del CdC. Le preventivate risorse Beta80 ricoprono inoltre importanti ruoli apicali, sia su tutto il progetto (attraverso il Responsabile e il Gestore del servizio) sia sulle attività del CdC (attraverso il Project manager, il Team leader, e il Service manager)”.

12.2. L’entità del servizio affidato a Beta 80 è pertanto emersa, alla luce delle risultanze della disposta verifica, in tutta la sua evidenza e portata sia sotto l’aspetto economico (trattandosi di prestazioni di importo economico superiore a 250.000,00 euro) sia sotto l’aspetto quantitativo dell’impiego del personale (pari a ben il 32% dell’intera commessa), sia sotto l’aspetto della conduzione e direzione della commessa che ha visto il personale della Beta 80 rivestire le posizioni direttive apicali nella gestione dei servizi resi direttamente a favore della stazione appaltante.

12.3. Pertanto deve ritenersi che il servizio affidato da CAE a Beta 80 non possa essere inquadrato nella fattispecie dell'art. 105 comma 3, lett c) bis del Codice, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di *prime cure*, concretando per contro in via di fatto una forma di subappalto, non dichiarata da CAE in sede di presentazione dell'offerta tecnica.

12.3.1. Ed invero l'art. 105 (Subappalto), comma 3, lett. c-bis) del Codice prevede: “*Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: ... c bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti cooperativi di cooperazione servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante, prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto*”.

La disposizione è stata aggiunta dall'art. 69, comma 1, lett. c) d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al codice).

Ritiene la Sezione, in continuità con i propri precedenti (Cons. Stato Sez. V, 19/05/2020, n. 3169; Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 607) che con i “*contratti di cooperazione servizio e/o fornitura*” la legge faccia riferimento ai contratti che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d'impresa ovvero, quei beni e servizi indispensabili all'esecuzione della prestazione in affidamento.

I terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell'appalto ma procurano all'operatore economico aggiudicatario i mezzi per la sua esecuzione.

A detti contratti, dunque, l'amministrazione aggiudicatrice resta completamente estranea, come *res inter alios acta*.

Porta a questa conclusione in primo luogo la formulazione letterale della disposizione che specifica che le prestazioni dei terzi contraenti sono rese “*in favore dei soggetti affidatari*”, così individuando chiaramente i destinatari (id est creditori) delle prestazioni nelle imprese concorrenti e non nelle stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256; contra Cons. Stato,

III, 18 luglio 2019, n. 5068 secondo cui con la formula riportata si allude alla *“direzione giuridica della prestazione, ovvero al fatto che l’unica relazione giuridicamente rilevante... è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario”*).

Rileva, poi, anche la topografia della disposizione per coglierne la ratio.

L’art. 105 del Codice dei contratti pubblici contiene la disciplina del subappalto; il comma 3, nello specifico, elenca le prestazioni che *“non si configurano come attività affidate in subappalto”*, ma che, per le modalità di esecuzione, potrebbero far sorgere dubbi circa il loro esatto inquadramento normativo.

L’elencazione delimita, dunque, l’ambito di applicazione della disciplina del subappalto.

Se il subappalto è il contratto con cui l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto (comma 2), i contratti di cooperazione continuativa, di converso, non hanno ad oggetto la prestazione affidata, ma quei beni e servizi dei quali l’impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d’appalto.

In definitiva, come rilevato negli indicati precedenti, i contratti di cui all’art. 105, comma 3, lett. c – bis) d.lgs. n. 50 del 2016 si caratterizzano per la *“direzione soggettiva”*, in quanto resi all’impresa aggiudicataria, e per l’*“oggetto del contratto”* che è altro rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d’appalto.

A prescindere dagli aspetti peculiari di ogni vicenda, infatti i criteri di qualificazione sopra ricordati – direzione soggettiva della prestazione ed oggetto del contratto – consentono di risolvere in maniera sufficientemente attendibile anche i casi dubbi, assumendo carattere dirimente stabilire se l’impresa aggiudicataria, stipulando un contratto di cooperazione continuativa, si sia limitata a procurarsi il bene strumentale alla prestazione da rendere all’amministrazione, ovvero abbia affidato al terzo cooperante l’esecuzione di

una parte (o frazione) della prestazione assunta nei confronti dell'amministrazione che non era in grado di eseguire.

Alla luce delle risultanze della disposta verifica deve pertanto concludersi che nell'ipotesi di specie, sia da un punto di vista formale che sostanziale, si verte su fattispecie estranea alla previsione dell'art. 105 comma 3 lett. c) bis, avendo CAE affidato a Beta 80 una parte rilevante dei servizi oggetto dell'affidamento (attività di manutenzione ed evoluzione del software e ai servizi di continuità del CdC) e ricoprendo inoltre il suo personale ruoli apicali di "direzione" sia su tutto il progetto (attraverso il Responsabile e il Gestore del servizio) sia sulle attività del CdC (attraverso il Project manager, il Team leader, e il Service manager). In particolare, come evidenziato dal verificatore, il Responsabile di servizio è *"il punto di contatto principale con l'Amministrazione Committente"*, ed ed il Gestore di servizio *"il riferimento per l'Amministrazione committente"* e colui che *"gestisce e coordina il team e i processi relativi ai servizi di fornitura e alla qualità dei servizi erogati"*.

Pertanto, sia avendo riguardo *"all'oggetto del contratto"* che *"alla direzione soggettiva"* si verte in tema di subappalto non dichiarato in sede di offerta, come lamentato da parte appellante.

12.4. Pertanto, come già ritenuto dalla Sezione (Cons. Stato Sez. V, 19/05/2020, n. 3169 cit) quando il terzo cooperante (o che svolga servizi o fornisca beni) esegue una parte della prestazione oggetto del contratto d'appalto che l'impresa aggiudicataria non sa o non può eseguire, si è fuori dalla fattispecie dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del Codice, ed è corretta l'esclusione dalla procedura di gara; l'impresa concorrente avrebbe infatti dovuto far ricorso agli strumenti negoziali allo scopo previsti dal codice dei contratti pubblici, ovvero al subappalto, all'avvalimento o le altre forme di partecipazione congiunta ad una procedura di gara.

12.5. Pertanto il ricorso al subappalto andava necessariamente indicato in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, ai sensi dell'art. 105 del Codice nonché dell'art. 9 del disciplinare di gara.

12.5.1. A ciò consegue che la mancata dichiarazione circa il conferimento in subappalto di una parte rilevante dei servizi oggetto dell'affidamento doveva essere necessariamente sanzionata con l'esclusione dalla procedura evidenziale, avuto altresì riguardo alla necessità della stazione appaltante di procedere anche alla verifica in capo alla ditta subappaltatrice del possesso dei requisiti generali di partecipazione ex art. 80 del Codice.

Va infatti ritenuto che *“consentire ad un terzo cooperante di svolgere una parte della prestazione significherebbe porre l'amministrazione in rapporto con un soggetto del quale non è mai stato accertato il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione previsti dall'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dalla disciplina di gara”* (Cons. Stato Sez. V, 19 maggio 2020 n. 3169 cit).

13. In conclusione l'appello va accolto, stante la fondatezza del secondo motivo, ed in riforma della sentenza di primo grado, va annullato il provvedimento della Regione Basilicata del 13 novembre 2019 di aggiudicazione in favore del R.T.I. CAE/Telecom.

14. Cionostante, ad avviso del collegio non sussistono i presupposti ex art. 122 c.p.a. per dichiarare inefficace il contratto e disporre il subentro dell'appellante, atteso che il R.T.I. aggiudicatario all'atto del passaggio in decisione della causa stava ultimando di svolgere il servizio in sede di proroga tecnica; circostanza questa che porta a ritenere inopportuno il subentro, dovendosi ritenere prevalente l'interesse pubblico alla prosecuzione della commessa, per il limitato e residuo periodo di proroga tecnica, con il R.T.I. aggiudicatario.

14.1. Ed invero la circostanza che il R.T.I. -sia pure illegittimo aggiudicatario - all'atto del passaggio in decisione stesse ultimando l'esecuzione del servizio in sede di proroga tecnica porta a ritenere non rispondente all'interesse pubblico il risarcimento in forma specifica richiesto da parte appellante, né per il limitatissimo periodo di proroga, né per tutta la durata dell'originario affidamento, con frustrazione delle esigenze connesse alla necessità di

indizione di una nuova procedura di gara per lo svolgimento dei servizi oggetto dell'affidamento di cui è causa.

14.2. Resta salvo peraltro il risarcimento per equivalente in relazione al quale parte appellante si è riservata di agire in separata sede.

15. Le spese di lite del doppio grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo

16. Le spese della disposta verificaione del pari seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo, in conformità della richiesta del verificatore, da ritenersi congrua.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

Rigetta la domanda di subentro nel contratto.

Condanna il RTI CAE/Telecom e la Regione Basilicata, in solido fra loro, pro quota nei rapporti interni, alla refusione delle spese di lite in favore di parte appellante, liquidate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00) per il primo grado ed in euro 5.000,00 (cinquemila/00) per il secondo grado, oltre alla refusione di quanto anticipato a titolo di contributo unificato ed oneri accessori, come per legge.

Pone le spese della disposta verificaione, liquidate in complessivi euro 4.200,00 (quattromiladucento/00) a carico del RTI CAE/Telecom e della Regione Basilicata, in solido fra loro, pro quota nei rapporti interni.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO