

Ill.mo
CONSIGLIO DI STATO
ROMA

RICORSO

di **CURIOSI DI NATURA** Società Cooperativa con sede in Trieste, via Massimo D’Azzeglio n. 23 (cf 01134870326) in persona del legale rappresentante Barbara Bassi (cf BSSBBR59T67F205a) rappresentato e difeso, giusta procura in calce, dagli avvocati dagli avvocati Gianfranco Carbone (cf CRBGFR51A13L424I) del Foro di Trieste e Alessio Petretti del Foro di Roma (PTRLSS55M25H501M) con domicilio eletto presso lo studio legale in Roma via degli Scipioni 268/a con dichiarazione di voler ricevere ogni comunicazione ai sensi dell'art. 125 comma 1 c.p.c. e dell'art. 136 comma 3 c.p.c. al seguente numero di Fax 040364422, oppure tramite PEC a gianfranco.carbone@avvocatitriestepec.it e alessiopetretti@ordineavvocatiroma.org

nei confronti di

Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia (cf 80014930327) in persona del Presidente in carica con domicilio presso la sede della Regione in Trieste, Piazza Unità d’Italia n. 1

nonché nei confronti di

Società Cooperativa **ROGOS**, in persona del legale rappresentante, con sede in Doberdò del Lago (Gorizia), via Vallone n. 32

Oggetto:

Avverso la Sentenza 337/2018 pubblicata in data 31.10.2018 del TAR per il Friuli Venezia Giulia.

oo O oo

Illustrissimo Consiglio di Stato

Con un primo ricorso sub RG 89/2018 la Ricorrente aveva impugnato illegittimità del Decreto Regionale 527/DGEN di data 16 febbraio 2018

comunicato alla Cooperativa ricorrente via Pec in data 19 febbraio 2018 di aggiudicazione della procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D.lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di gestione del Giardino botanico "Carsiana" in località Sgonico.

All'udienza di discussione, dopo l'annullamento/sospensione del Decreto impugnato da parte della Regione e l'emanazione di un nuovo Decreto di aggiudicazione in data 8 giugno 2018 il Collegio ha verbalizzato e resa esplicita la sua valutazione sull'inammissibilità per carenza di interesse sopravvenuta del Ricorso sub RG 89/2018.

Nella stessa sede la Ricorrente Curiosi di Natura aveva preannunciato la presentazione di Motivi Aggiunti.

A fronte dell'esplicita dichiarazione del Collegio i preannunciati Motivi aggiunti sono stati notificati nelle forme e nei modi di un Ricorso Autonomo ed iscritti a ruolo sub RG 2019/2018.

Il Collegio ha definito il Ricorso RG 89/2018 con Sentenza 328/2018 e il Ricorso RG 219/2018 con Sentenza 337/2018 che viene qui impugnata.

Il Collegio pur ritenendole fondate ha ritenuto inammissibili le censure inerenti ai Motivi n. 1, 2 e 3 richiamando il Comma 5 dell'Art. 120 del Codice degli Appalti.

Si ritiene erronea la valutazione espressa dalla Sentenza in quanto i Motivi sub 1, 2 e 3 (che il Collegio ha peraltro ritenuto fondati) non potevano essere considerati immediatamente lesivi se non a seguito del provvedimento formale di approvazione del bando che è stato ritualmente e nei termini impugnati anche a fronte del provvedimento di sospensione emanato in data 20 aprile 2018 da RUP.

Nel computo dei termini infatti la Sentenza non ha tenuto conto che dal 20 aprile 2018 (sospensione dell'aggiudicazione) il procedimento è stato sospeso per volontà dell'amministrazione che si è avvalsa del suo potere di autotutela per adottare poi un nuovo provvedimento (oggetto di ricorso autonomo) che ha assorbito le censure rilevabili in toto al procedimento concluso.

Appare in più non condivisibile e per alcuni versi contraddittoria l'affermazione del Collegio che le ragioni di esclusione avrebbero dovuto essere impuginate con Motivi Aggiunti nel Ricorso RG 89/2018 quando lo stesso è stato dichiarato inammissibile dallo stesso Collegio per il venir meno dell'atto impugnato.

Si ripropongono pertanto le censure sul punto.

- 1) **Illegittimità per violazione di legge in riferimento all'art. 80 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 o, sotto diverso profilo, illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della funzione della norma.**

In più parti del precedente ricorso, e nel nuovo testo, si evidenziano dichiarazioni di Rogos false, non esatte, non veritiere, o non rispondenti a precise richieste del Disciplinare, o del Capitolato.

Per nessuna di queste risulta agli atti un'azione di "penalizzazione" da parte del RUP e/o della Commissione di gara quando sussistevano tutti i presupposti per l'esclusione di Rogos dalla gara. Anzi, mentre nel Decreto n. 1426/DGEN del 20 aprile 2018 del RUP veniva **esplicitamente affermato e decretato che "è emerso che sono state indicate esperienze lavorative antecedenti alla data del conseguimento del titolo di laurea specialistica (21 marzo 2013)"** tale fattispecie, nel successivo Decreto 2000/DGEN dell'8 giugno 2018 dello RUP sia stata derubricata a: **"sono stati riscontrati errori formali nel calcolo dei punteggi relativi all'offerta tecnica"**

A riguardo, anche per le altre osservazioni e censure di dichiarazioni non veritiere o "non esatte", si citano di seguito tutte le sanzioni espressamente previste nei documenti di gara, che appaiono però inapplicate:

DAL DISCIPLINARE:

ART 17

Sezione II: Condizioni generali di partecipazione alla gara (...)

10. Nel modello Allegato 1) - Sezione II l'operatore economico dovrà, altresì, produrre la dichiarazione di accettazione incondizionata delle seguenti condizioni generali per la partecipazione alla gara, sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente:

1.1 di aver preso visione e di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni e la tempistica contenute nella documentazione di gara;

(...)

1.6 di essere a conoscenza che, in caso di presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione nella presente procedura di gara, ai sensi dell'articolo 80, comma 12 del Codice, la Stazione appaltante dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state

rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara fino a due anni;

ART 21

7. Qualora la Commissione dovesse riscontrare all'interno dell'offerta elementi di incongruenza con la documentazione presentata o di non rispondenza alle norme così come espressamente richiesto dalla presente lettera di invito e dichiarato dal concorrente, tali mancanze e/o carenze non daranno luogo né a richieste di chiarimento e/o implementazione degli atti prodotti né all'esclusione del concorrente ma alla penalizzazione della valutazione.

DGUE:

Parte VI: Dichiarazioni finali (all. 7/2)

Il sottoscritto/I sottoscritti dichiara/dichiarano formalmente che le informazioni riportate nelle precedenti parti da II a V sono veritiere e corrette e che il sottoscritto/i sottoscritti è/sono consapevole/consapevoli delle conseguenze di una grave falsa dichiarazione, ai sensi dell'articolo 76 del DPR 445/2000.

Ferme restando le disposizioni degli articoli 40, 43 e 46 del DPR 445/2000, il sottoscritto/I sottoscritti dichiara/dichiarano formalmente di essere in grado di produrre, su richiesta e senza indugio, i certificati e le altre forme di prove documentali del caso, con le seguenti eccezioni:

(...)

Il sottoscritto/I sottoscritti autorizza/autorizzano formalmente la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia Servizio paesaggio e biodiversità della Direzione centrale Infrastrutture e territorio, via Sabbadini n. 31 - 33100 Udine ad accedere ai documenti complementari alle informazioni del presente documento di gara unico europeo, ai fini della procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) del D.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di gestione del Giardino botanico Carsiana a Sgonico (TS).

DOMANDA all 1 sez. 1: (all. 7/d)

CHIEDE di partecipare alla gara di cui all'oggetto e, a tal fine, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 76 del D.P.R. 445/2000, consapevole della responsabilità e delle conseguenze penali e civili in cui incorre chi sottoscrive dichiarazioni mendaci e/o formazione od uso di atti falsi nonché in caso di esibizione di atti contenenti dati non più

corrispondenti a verità, e consapevole, altresì, che qualora emerga la non veridicità del contenuto della presente dichiarazione questo operatore economico decadrà dai benefici per i quali la stessa è rilasciata...

DOMANDA all 1 sez 2: (all. 7/d)

1.1 di aver preso visione e di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme, le disposizioni e la tempistica contenute nella documentazione di gara;

1.2 di avere la perfetta conoscenza delle norme generali e particolari che regolano l'appalto oltre che di tutti gli obblighi derivanti dalle prescrizioni degli atti di gara;

1.6 di essere a conoscenza che, in caso di presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione nella presente procedura di gara, ai sensi dell'articolo 80, comma 12 del Codice, la Stazione appaltante dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara fino a due anni;

in base alla giurisprudenza formatasi sull'art. art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 - la norma non ha natura sanzionatoria, ma mira a tutelare il buon andamento e lo spedito svolgimento dell'attività amministrativa. Affinché l'effetto decadenziale di cui alla citata norma trovi applicazione, dunque, è necessario che la dichiarazione mendace sia *ex se* suscettibile di arrecare un pregiudizio - quantomeno potenziale - al corretto svolgimento del relativo procedimento amministrativo e che tra il beneficio conseguito dal dichiarante e l'attestazione non veritiera vi sia un rapporto di stretta correlazione.

Nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, tale principio si traduce nella necessità, ai fini della legittima esclusione di un concorrente, che l'attestazione mendace riguardi, non una qualsiasi informazione comunque resa nel corso di gara, ma i soli

elementi rilevanti ai fini dell'accertamento del possesso dei requisiti o della valutazione delle offerte. Soltanto in tali ipotesi, infatti, il concorrente potrebbe trarre un indebito beneficio dalla dichiarazione mendace e arrecare un pregiudizio alla celere conclusione della procedura selettiva.

Le dichiarazioni rese sul possesso dei titoli da parte del legale rappresentante di Rogos non ha riguardato elementi ininfluenti ai fini della partecipazione (o dell'aggiudicazione), e l'amministrazione - come emerge dagli atti del RUP - è stata concretamente indotta in errore dovendo riavviare la procedura valutativa allorché, più propriamente, avrebbe dovuto escludere Rogos dalla procedura di gara.

Il secondo Motivo è inerente alla mancata sottoscrizione da parte di Rogos della giustificativa economica.

Si è già detto che Rogos non ha rispettato la dichiarazione richiesta riguardo le modalità di attuazione dell'art. 3.2 del Capitolato (Memoria dd. 15 Aprile all. D2) v. voce "4) Mancato rispetto di Rogos del Capitolato (art. 3.1 - 3.2), dalla giustificativa economica"). Quando questo, ai sensi di Disciplinare e della domanda di ammissione alla gara, doveva invece essere accettato "senza condizione o riserva alcuna".

2) Illegittimità sotto il profilo della violazione della lex specialis.

La mancata sottoscrizione degli elementi richiesti dal bando per giustificare l'offerta economica si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, essendo finalizzata a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta.

In altri termini la sottoscrizione dell'offerta nei suoi elementi richiesti dal bando risponde all'esigenza di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti

dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico.

La mancanza della sottoscrizione nei termini indicati dal bando inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della *lex specialis*.

Rogos ha sottoscritto la dichiarazione di accettazione del Capitolato ma, nella propria giustificazione economica dichiara che utilizzerà, di norma, 1 solo operatore invece dei 2 previsti dal bando. Né la Commissione né il RUP hanno evidenziato l'incongruità.

Né il vizio può essere sanato con il contemperamento fra il principio di favor partecipacionis, sotteso alla clausola di equivalenza di cui all'art. 68 del D.lgs. 50/2016 secondo cui l'offerente può provare che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti nel bando. Rogos, sebbene notiziata dalle comunicazioni del RUP e ben a conoscenza dei contenuti del Ricorso di Curiosi di Natura non ha mai inteso spiegare alla stazione appaltante in che modo intende rispettare le modalità di gestione previste dal bando che prevede l'attività di due addetti con il servizio di uno solo.

Quanti dedotto sulla violazione delle previsioni del personale da adibire porta a formulare un ulteriore Motivo

3) Illegittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della funzione della norma.

Appurato che la proposta economica di Rogos prevede di affidare il servizio (almeno parzialmente) ad un addetto anziché a 2, come previsto dal bando, la cooperativa aggiudicataria indica l'applicazione di un CCNL di riferimento per lei inapplicabile non essendo iscritta nell'elenco delle Cooperative Sociali.

Pur dando atto che nel settore degli appalti pubblici, è demandato all'imprenditore e, di conseguenza, alla libertà contrattuale delle parti, la scelta del contratto collettivo da applicare, a condizione che risulti coerente con l'oggetto dell'appalto stesso e *nella lex specialis di gara si richiede l'indicazione non di un contratto specifico ma semplicemente di quale sia il contratto applicato e, peraltro, le mansioni richieste per l'esecuzione del servizio sono riconducibili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali* sarebbe stato onere della Commissione, di fronte ad una censura nota, chiedere quanto meno la giustificazione dei costi per assicurarsi della congruità del servizio richiesto.

oo O oo

non si concorda con le ulteriori valutazioni che hanno determinato il rigetto del Ricorso che appaiono di merito e non di legittimità allorché la Sentenza valorizza (pagina) “l’interesse dell’Amministrazione all’individuazione del soggetto il cui bagaglio esperienziale si imponga per la maggiore latitudine dell’attività svolta in modo tale da delineare quelle condizioni di necessaria affidabilità ulteriori rispetto al mero possesso dei titoli di partecipazione...”

sulla Sentenza, prima di riproporre i Motivi di Illegittimità si formulano le seguenti osservazioni:

- 1) **Riconteggio dei punti assegnati dalla Commissione all’esperto di Rogos, Tina Klanjšček** [“responsabile del giardino” voce B3, Sub criterio 1, voce b)] dopo il rinvio degli atti alla Commissione di gara da parte del RUP.

Si ricorda che:

- **Il 16 febbraio 2018** veniva emesso il decreto n. 527/DGEN di aggiudicazione dell’appalto triennale in oggetto alla cooperativa Rogos

- **Il 19 marzo Curiosi di natura notificava ricorso al TAR** contro il decreto di aggiudicazione, con vari profili di contestazione. Tra di essi, quello dei punti assegnati dalla Commissione di gara all’esperta scientifica di Rogos, contestando che dalla stessa erano state indicate esperienze lavorative antecedenti alla laurea specialistica (21 marzo 2013), e benché tale titolo fosse richiesto nel Disciplinare per l’ammissione alla gara e per l’assegnazione di punteggi conseguenti.

Nel ricorso si lamentava che la Commissione fosse stata indotta in errore da una dichiarazione ingannevole di Rogos, con conseguente assegnazione alla loro esperta scientifica di punteggi per periodi di lavoro per i quali non aveva il titolo richiesto (laurea specialistica).

- **Il 5 aprile 2018, cioè due settimane dopo la notifica del ricorso al TAR di Curiosi di natura, il RUP inviava a Rogos una richiesta di invio di chiarimenti entro dieci giorni** per l’indicazione di esperienze lavorative antecedenti alla laurea specialistica, e avviava la sospensione dell’aggiudicazione.

- 20 aprile 2018, in assenza di risposte da parte di Rogos, il RUP emanava il decreto di sospensione dell'aggiudicazione e disponeva il rinvio degli atti alla Commissione di gara.

Si evidenzia che (come già illustrato in dettaglio dalla ricorrente nel ricorso al TAR di luglio) il RUP il 5 aprile 2018 comunicava via PEC alla Cooperativa Rogos. e p.c. a Curiosi di natura l'“Avvio del procedimento di sospensione dell'aggiudicazione e rinvio degli atti alla Commissione di gara” motivando: “... è emerso che sono state indicate esperienze lavorative antecedenti alla data del conseguimento del titolo di laurea specialistica (21 marzo 2013).

La Commissione provvede quindi al riconteggio dei punti assegnati all'esperto scientifico di Rogos [“responsabile del giardino” voce B3, Sub criterio 1, voce b)], riconducendoli alle sole esperienze di lavoro successive alla data di laurea specialistica (come richiesto dal Capitolato), ma senza procedere ad alcuna penalizzazione per la dichiarazione fuorviante e non veritiera di Rogos nella documentazione di gara, quanto a mancato rispetto delle inequivoche disposizioni in materia del Capitolato e del DGUE. Cosa che è oggetto di censura da parte della ricorrente.

E' quindi incomprensibile come tale vicenda sia stata originariamente (e giustamente) trattata dal RUP come una dichiarazione non veritiera in sede di gara, ma poi trattata dalla Commissione, espressamente dallo stesso RUP e dall'Avvocatura della Regione come “errori formali di calcolo” e non come una dichiarazione ingannevole resa in fase di gara da un concorrente, che aveva così indotto in inganno la Commissione.

Parimenti non è condivisibile, che il TAR possa sostenere che “la Commissione di gara si è limitata a operare una correzione aritmetica, emendando un mero errore di calcolo, non suscettivo di alcun effetto escludente, determinato dal non essersi previamente espunte esperienze maturate in data antecedente al conseguimento del titolo di studio richiesto ai fini dell'ammissione alla gara”.

2) valutazione espressa dalla Sentenza sul criterio B3

- Al punto 4.1 della sentenza, il TAR - dopo aver riportato quanto richiesto dal Disciplinare per il criterio B3 - afferma:

(...) Il disciplinare, pertanto, non pone alcun vincolo né preclude, in particolare, che, (...), possano essere utilmente valutati secondo criterio matematico, idoneo ad esprimere in termini quantitativi le esperienze maturate (...)

Il **criterio matematico** previsto dal Disciplinare al punto B3) “ESPERIENZA SPECIFICA”, per valutare in termini **quantitativi** le esperienze ulteriori rispetto all’ammissibilità era così definito:

“Punti max 20

a) pt. 1 per ogni anno ulteriore rispetto a quanto previsto per l’ammissione fino ad un max di pt. 10 (si sommano i mesi e gli anni interi)

b) pt. 0,5 ogni 6 ulteriori mesi di esperienza fino ad un max di pt. 7 (si sommano i mesi interi)

c) pt. 0,5 per ogni pubblicazione scientifica e/o collaborazione scientifica fino ad massimo di pt. 3

Detti elementi dovranno essere chiaramente desumibili nella relazione di cui all’offerta tecnica.”

Nel criterio veniva chiaramente specificato che valevano gli anni e i mesi interi, escludendo giornate, o settimane una tantum, che non raggiungessero la durata del mese intero.

Il termine “mesi” viene utilizzato sia dalla responsabile scientifica di Rogos, sia dalla Commissione di gara (v. verbale d. 9/5/2018), e non vengono utilizzati termini diversi (quali “numero di esperienze”, “periodi di esperienza”) non a caso mai previsti nel Disciplinare.

Appare quindi evidente che ci si sta riferendo all’unità di tempo, che per convenzione internazionale corrisponde a 30 giorni e a un dodicesimo dell’anno solare.

I mesi interi di lavoro svolto possono essere verificati dai contratti d’incarico, sia che si tratti di lavoro dipendente, che sia lavoro

parasubordinato (esclusi quelli di prestazione occasionale in ritenuta d'acconto, avendo questi il limite di 30 giorni l'anno); **e nel caso di P.IVA ci deve essere un contratto o una fattura che dettagli gli importi in relazione a quanto e quando svolto.**

In nessuna parte dei documenti presentati da Rogos viene specificato il tipo di rapporto di lavoro che intratteneva la referente scientifica, quindi non è mai stato specificato se fosse dipendente o con prestazione professionale da lavoro autonomo.

In ogni caso i limiti del buon senso, della prassi amministrativa fiscale e per l'anzianità contributiva confermano che l'arco temporale può variare tra 1 o 12 mesi l'anno (indifferentemente se di un dipendente o di un lavoratore autonomo) ma comunque mai oltre l'ovvio limite fisiologico e logico di 12 mesi l'anno.

Proseguendo, nella sentenza a pag 10:

(...) si deve inoltre ritenere del tutto irrilevante, ai fini dell'applicazione dei meccanismi valutativi introdotti dal disciplinare, in riferimento al criterio B3, la concentrazione di tali esperienze entro un arco temporale più o meno ampio, come impropriamente contestato in sede di impugnativa.

In proposito, va infatti osservato che se, da un lato, nulla preclude che siffatte esperienze possano essere state maturate anche simultaneamente, afferendo ad attività non esclusive e tra loro non incompatibili, dall'altro lato, si deve rilevare che corrisponde all'interesse dell'Amministrazione l'individuazione del soggetto (N.B ma a quale soggetto ci si riferisce: alla ditta o al responsabile scientifico del Giardino di cui al criterio B3 - subcriterio b ?) il cui bagaglio esperienziale si imponga per la maggiore latitudine delle attività svolte, in modo tale da delineare quelle condizioni di necessaria affidabilità, ulteriori rispetto al mero possesso dei titoli di partecipazione, che prefigurano la corretta esecuzione degli impegni assunti mediante l'affidamento del servizio.

Nella sentenza il TAR fa erroneamente e confusamente riferimento al Criterio B3 senza distinzioni tra i due sottocriteri a) [per la ditta] e b) [per il responsabile scientifico del giardino].

La tesi del TAR sarebbe valida se riferita al solo subcriterio a), in cui il **soggetto** è la ditta cooperativa. **Ma Curiosi di natura non ha contestato le attribuzioni di punti riferiti alla ditta** (subcriterio a) **ma al subcriterio “b”, cioè alle esperienze professionali del referente scientifico: una persona fisica, che pur potendo svolgere più prestazioni di servizio, anche in periodi sovrapposti, non però fisicamente lavorare più di 12 mesi l’anno .**

Non è cioè verosimile, sul piano logico e giuridico, che una persona fisica possa svolgere in un periodo dichiarato nei documenti di gara dal 21/3/2013 al 31/12/2016 (che nel vivere quotidiano conta 3 anni e 9 mesi, ovvero 45 mesi) possa invece svolgere ben 87 mesi di lavoro (oltretutto anche con un’interruzione dichiarata di 7 mesi nel 2015).

Inoltre non è corretto adottare lo stesso tipo di ragionamento per due tipologie di esperienza, applicabili a soggetti diversi. Infatti una ditta può avere esperienze plurime e diversificate; ma non è automatico che un suo singolo componente abbia la stessa esperienza o affidabilità professionale della ditta, potendo aver rivestito nella stessa ruoli marginali o per periodi molto più limitati.

Al contrario le esperienze di Rogos e il loro punteggio (che ha raggiunto il massimo di quanto previsto dal Disciplinare per il subcriterio a) della voce B3), non sono oggetto di contestazione, in quanto correttamente computati nel punteggio di gara, secondo l’incidenza prevista nel Disciplinare.

Pare invece non in linea con l’interesse della Pubblica Amministrazione valorizzare un concorrente che, oltre ad aver reso dichiarazioni non veritiere, o almeno equivoche, ha ‘gonfiato’ artificiosamente i periodi di esperienza lavorativa del proprio responsabile scientifico, e ciò oltre i limiti della logica, della prassi amministrativa fiscale e contributiva, e del calendario gregoriano tuttora in vigore.

oo O oo

tanto premesso come osservazioni critiche sulla Sentenza impugnata si ripropongono le censure al provvedimento amministrativo:

4° MOTIVO: illegittimità sotto il profilo della violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento alla valutazione del profilo dell'esperto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Eccesso di potere per difetto del presupposto anche in riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lettera c del D.lgs. 50/2016

Nel Ricorso originario la prima delle contestazioni per questa voce era che Rogos, nell'Offerta Tecnica, alla voce "**B3) ESPERIENZA SPECIFICA, Sub criterio 1, sub voce b) responsabile scientifico del Giardino**" aveva indicato varie esperienze lavorative sovrapposte, parte delle quali antecedenti di 21 mesi la data di conseguimento della laurea specialistica (21 marzo 2013), richiesta dal Disciplinare di gara per tale incarico.

Quindi, rispetto a quanto dichiarato da Rogos, dei teorici 122 mesi complessivi di esperienza indicati per il responsabile scientifico del giardino, innanzitutto non andava tenuto conto di tutto quanto antecedente sua data della laurea specialistica (21/3/2013), e cioè di:

- 21 mesi (dal 23/6/2011 al 21/3/2013) al Giardino botanico Carsiana
- 21 mesi (dal 17/6/2011 al 21/3/2013) alla Riserva Doberdò e Pietrarossa
- 5 mesi (dal 18/10/2012 al 21/3/2013) alla Riserva Foce dell'Isonzo

per un totale di 47 mesi di lavoro da non considerare, su totale teorico dichiarato di 122 mesi (v. anche schema grafico riassuntivo: All. R)

La fondatezza di tale censura è stata poi riconosciuta dal RUP e dalla Commissione di gara, che infine hanno riconteggiato di conseguenza i punti inizialmente assegnati al responsabile scientifico di Rogos, togliendo i mesi di lavoro complessivi, e temporalmente sovrapposti, dichiarati pre-laurea specialistica.

Un riconteggio corretto dei punti alla voce "B3) ESPERIENZA SPECIFICA, Sub criterio 1, voce b) responsabile scientifico del Giardino", togliendo anche le illegittime sovrapposizioni temporali dichiarate post-laurea specialistica, porterebbe a riconoscere all'esperto di Rogos (come si dimostrerà più avanti) soli 14 mesi d'esperienza effettiva (invece dei 98 dichiarati nell'Offerta Tecnica), e quindi soli 1,17 punti invece dei 7,00 assegnati

originariamente a questa voce, e dei 5,25 assegnati dopo il riconteggio effettuato dalla Commissione il 9 maggio.

In tal modo il punteggio totale (Offerta Tecnica ed Economica) di Rogos scenderebbe dagli originari 89,44 a soli 83,61 punti. Un totale quindi INFERIORE DI 0,18 PUNTI A QUELLA DI CURIOSI DI NATURA, CHE CON i SUOI 83,79 PUNTI RISULTEREBBE VINCITRICE della gara.

Vengono quindi qui riconfermate le altre censure già esposte nel primo ricorso, e cioè:

Analogamente a quanto avvenuto per i 3 incarichi pre-laurea prima evidenziati, la quasi totalità dei mesi restanti dichiarati da Rogos nell'Offerta tecnica per l'esperienza del "responsabile scientifico del Giardino" si sovrappongono temporalmente fra loro. Il che porta a delle somme aritmetiche superiori ai 12 mesi di lavoro l'anno, in una logica materialmente e chiaramente insostenibile.

Infatti, considerando solo i mesi successivi alla laurea specialistica del Responsabile scientifico, **secondo l'Offerta di Rogos (v. schema grafico riassuntivo, ALL. S):**

- **Nel 2013:** vengono dichiarati 3 mesi per Carsiana, 9 per Doberdò e 9 per la Riserva Foce dell'Isonzo, **per un totale di 21 mesi di lavoro dichiarati in 1 anno**
- **Nel 2014:** 12 mesi di lavoro dichiarati a Doberdò e 12 per la Riserva Foce dell'Isonzo, **per un totale di 24 mesi di lavoro dichiarati in 1 anno**
- **Nel 2015:** 2 mesi a Doberdò e 5 alla Riserva Foce dell'Isonzo, **per un totale apparente di 7 mesi di lavoro dichiarati in 1 anno**, ma in realtà per un totale di solo 5 mesi di lavoro, data una loro sovrapposizione in novembre e dicembre
- **Nel 2016:** 12 mesi dichiarati per la gestione di Doberdò, 12 per la Riserva Foce dell'Isonzo, 10 per Carsiana, e 1 per la Riserva di Val Cavanata, **per un totale di 35 mesi di lavoro dichiarati in 1 solo anno**

È evidente che, trattandosi di esperienze di lavoro maturate da n. 1 persona fisica (e non da una ditta, che moltiplicando gli addetti potrebbe accumulare potenzialmente infinite ore/lavoro in 1 anno), vanno eliminate tutte le sovrapposizioni e moltiplicazioni temporali

dichiarate, riconducendo le esperienze di lavoro maturate entro il limite massimo fisiologicamente possibile per una persona di 12 mesi in 1 anno.

Ricalcolando quindi i mesi di lavoro dichiarati da Rogos per il responsabile scientifico del giardino alla luce di tali considerazioni, **eliminando le sovrapposizioni temporali e riconducendole ad archi temporali unici ed omnicomprensivi, fisiologicamente per un massimo di 12 mesi l'1 anno, si ottengono matematicamente i seguenti risultati:**

- **9 mesi di lavoro nel 2013** (dal 21/3 al 31/12): Carsiana, Riserva Doberdò e Pietrarossa; Riserva Foce dell'Isonzo
- **12 mesi di lavoro nel 2014** (dall' 1/1 al 31/12): Riserva Doberdò e Pietrarossa; Riserva Foce dell'Isonzo
- **5 mesi di lavoro nel 2015:** Riserva Doberdò e Pietrarossa (dall'1/1 al 30/3 e dal 10/10 al 31/12); Riserva Foce dell'Isonzo (dal 10/10 al 31/12). [N.B. data la sovrapposizione dei due incarichi in novembre e dicembre, va conteggiato il periodo di 2 mesi, ma 1 sola volta] N.B: dal 1/4 al 30/9 non sono state dichiarate esperienze di lavoro]
- **12 mesi nel 2016** (dall'1/1 al 31/12): Giardino botanico Carsiana, Riserva Doberdò e Pietrarossa; Riserva Foce dell'Isonzo; Riserva Valle Cavanata

TOTALE = 38 mesi di lavoro negli archi temporali indicati, riconsiderati come omnicomprensivi (v. all. S2)

Ai 38 mesi conteggiabili, vanno sottratti i 24 richiesti per l'ammissibilità (ex voce B3, Sub criterio 1, voce b del Disciplinare):
38-24= 14 mesi

TOTALE MESI VALIDI PER L'ESPERIENZA ULTERIORE ALL'AMMISSIBILITÀ: 14
(invece dei 98 dichiarati nell'Offerta tecnica di Rogos)

Calcoli per i punti da assegnare, come da disciplinare di gara:

b) pt. 0,5 ogni 6 ulteriori mesi di esperienza fino ad un max. di pt. 7 (si sommano i mesi interi)

**RICALCOLO ASSEGNAZIONE PUNTI ROGOS: mesi 14: $6 \times 0,5 = 1,17$
PUNTI**

PUNTI ASSEGNABILI A ROGOS ALLA VOCE B3, Sub criterio 1, voce b) = 1,17 pt (invece dei punti 7,00 originariamente assegnati, e dei punti 5,25 dopo il riconteggio del 9 maggio 2018

Ricalcolando quindi il totale dei punti assegnati a Rogos alla voce B3, alla luce di questi criteri di ricalcolo corretti, si ottiene un totale di punti 14,17 a Rogos, invece dei 20 originariamente assegnati, e dei 18, 25 riconteggiati nel maggio 2018

In tal modo il punteggio totale dell'offerta tecnica di Rogos scende dai 74,44 assegnati in dicembre (e dai 72,69 riconteggiati in maggio) a 68,61 punti, e la **somma di Offerta Tecnica ed Economica di Rogos scende dagli originari 89,44 ai 83,61 punti.**

Un totale quindi INFERIORE DI 0,18 PUNTI A QUELLA DI CURIOSI DI NATURA, CHE CON i SUOI 83,79 PUNTI RISULTEREBBE VINCITRICE (con una differenza di + 0,18 PUNTI TOTALI)

Il punto è stato valutato dalla Commissione di gara che ha affermato:

“b) “Relativamente ai criteri di cui al criterio B3, lettere a) e b), la Commissione ritiene che non rilevi la sovrapposizione temporale di alcune attività indicate, in quanto il criterio di attribuzione del punteggio riferito ai mesi/anni consiste in un mero criterio matematico al fine di condurre l'esperienza maturata ad un valore numerico; rileva inoltre che gli atti di gara non escludono l'attribuzione di punteggio per attività svolte in periodo sovrapposti. Ancora, trattasi di un'attività di tipo professionale non caratterizzata da vincoli di subordinazione (tantomeno di tipo orario) che per sua natura consente lo svolgimento di più prestazioni nel medesimo periodo temporale. La Commissione ritiene che il non riconoscere parte delle esperienze maturate in capo ad un operatore penalizzerebbe l'interesse dell'amministrazione all'individuazione del soggetto in capo al quale possano essere riconosciute la maggiore professionalità”

In quanto argomentazioni coincidenti nell'opposizione, si replica contestando che:

La Commissione contrappone un rilievo concettualmente e concretamente errato, in quanto (come già chiaramente illustrato nel precedente ricorso e ribadito nell'attuale) Curiosi di natura contesta le sovrapposizioni temporali lavorative solo se riferite al caso b), cioè alla persona fisica, in quanto una persona fisica non può fisiologicamente lavorare più di 12 mesi l'anno.

Ciò a differenza di un soggetto giuridico (come Rogos, nel caso a), che virtualmente potrebbe accumulare un numero infinito di ore/mesi di lavoro l'anno, avvalendosi di dipendenti o collaboratori esterni.

Ma nel caso di una persona fisica (quale è il caso b), l'esperto scientifico), è evidente che non può lavorare più di 12 mesi l'anno. E non rileva se trattasi di lavoratore dipendente o autonomo: quale che sia il tipo di lavoro e di contratto, il calendario conta sempre solo 12 mesi. E anche se una persona fisica lavora ogni giorno è materialmente impossibile che possa lavorare più di 12 mesi all'anno: anche se avesse 100 o 1000 committenti l'anno, non potrebbe che suddividere il suo tempo di lavoro entro i 12 mesi annuali messi a disposizione dal calendario.

Pertanto, anche il "criterio matematico" adottato per "condurre l'esperienza maturata ad un valore numerico deve fermarsi alla soglia fisiologica dei 12 mesi di lavoro l'anno, quando riferiti a persona fisica.

Per maggiore chiarezza: un lavoratore (dipendente o autonomo) che sostenesse di aver lavorato per 35 mesi in un anno, quante chances avrebbe di vincere una causa sulla base di questo assunto? Eppure, è ciò che Rogos sostiene abbia fatto il suo responsabile scientifico, che avrebbe lavorato (v.): nel 2013 27 mesi; nel 2014 24 mesi; nel 2015 7 mesi in soli 5 mesi; nel 2016 ben 35 mesi in 1 solo anno!

Ancora da rigettare: "gli atti di gara non escludono l'attribuzione di punteggio per attività svolte in periodi sovrapposti" .

Infatti, ciò che non è previsto in un Disciplinare (oltretutto molto dettagliato, con 44 pagine di disposizioni, più 11 di Capitolato e 7 di Schema di Contratto) non può intendersi come base giuridica per

qualsiasi autonoma decisione della Commissione di gara, che così agendo potrebbe introdurre innumerevoli criteri interpretativi del Disciplinare (estensivi o restrittivi) sconfinando nell'assoluta arbitrarietà decisionale. Così come è palesemente avvenuto nel caso in specie, tanto più contro ogni logica e senso comune, come prima dimostrato.

Ad abundantiam giova ricordare che, a differenza di quanto sostiene l'Avvocatura nelle sue difese sul punto ("6. Per quanto riguarda la contestata "sovrapposizione" dei periodi di esperienza...") **nel Disciplinare si parla di mesi di esperienza e non di periodi, e la formula matematica si riferisce a "mesi interi".**

Se nel Disciplinare fosse stato utilizzato un termine diverso, p.es. "periodi/numero/tipo/varietà" di esperienze dell'esperto, queste avrebbero potuto essere conteggiate nel senso indicato dalla Commissione, cioè con sovrapposizioni temporali, ma il termine di "mesi interi" è preciso e univoco.

Da fonte di indubbia autorevolezza, quale l'Enciclopedia Treccani, la definizione di "mese": "Ciascuno dei 12 periodi in cui è suddiviso l'anno civile, distinti con propri nomi; costituisce una unità di misura/>misura del tempo, multiplo dell'unità fondamentale, il giorno, determinato dalla rotazione della Terra intorno al proprio asse; agli effetti civili il m. è considerato sempre di 30 giorni (m. commerciale)".

Nel Disciplinare si specifica "mesi interi": si suppone quindi che si faccia riferimento al concetto di mese come unità di misura, come comunemente utilizzato nella vita quotidiana. Di mesi in un anno ce ne sono 12, indipendentemente da quanti lavori svolgo e con quanti committenti. In un giorno ci sono 24 ore: se lavoro per 30 ore vuol dire che ho lavorato anche il giorno successivo, e non che il giorno può essere composto da più di 24 ore. Se affermo quindi di aver lavorato per 24 mesi, s'intende che ho lavorato per 2 anni, e non che un anno può essere composto da 24 mesi, al solo fine di aumentare artificialmente dei punteggi di gara oltre i limiti della natura e del calendario. Ciò a meno di non voler rivoluzionare il concetto di tempo e delle sue unità di misura, cercando di portare nelle argomentazioni di diritto amministrativo per il conteggio del tempo la Teoria della Relatività di Einstein.

Si concorda invece sull'affermazione a verbale per cui "La Commissione ritiene che il non riconoscere parte delle esperienze maturate in capo ad un operatore penalizzerebbe l'interesse dell'amministrazione all'individuazione del soggetto in capo al quale possano essere riconosciute la maggiore professionalità".

Ma si chiede allora perché proprio la Commissione di gara abbia inteso adottare criteri interpretativi restrittivi del Disciplinare, ad esclusivo svantaggio di Curiosi di natura che sono oggetto di ulteriore, puntuale, censura. Curiosi di Natura si è vista così escludere il riconoscimento delle proprie esperienze maturate dal 2001 al 2007, proprio nella gestione del Giardino botanico Carsiana su appalto della Provincia di Trieste, e così anche il suo presidente ed esperto scientifico (Barbara Bassi, Laureata nel 1994 in Scienze Naturali all'Università di Modena, con 110 e lode, con una tesi sperimentale in Botanica, con correlatore il prof. Pierluigi Nimis, dell'Università di Trieste e docente di botanica di fama internazionale, e da allora fino a oggi attiva in vari settori delle Scienze Naturali, del turismo ambientale, della didattica e divulgazione ecologica, nonché responsabile scientifica e coordinatrice di tutte le attività svolte per 11 anni da Curiosi di natura a Carsiana), come verificabile dal CV on line sul sito web della cooperativa www.curiosidinatura.it.

Si rileva che se a Curiosi di natura e alla sua Responsabile scientifica del giardino fossero state riconosciute dalla Commissione anche le attività svolte al 2001 al 2007 (come contestato e dimostrato altrove, nel presente ricorso) Curiosi di natura avrebbe vinto in entrambi i casi, con larghezza di ben 9,6 punti di vantaggio, l'attuale gara d'appalto di Carsiana. Soddisfacendo così "l'interesse dell'amministrazione all'individuazione del soggetto in capo al quale possano essere riconosciute la maggiore professionalità".

5° MOTIVO: illegittimità sotto il profilo della violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento alla valutazione del profilo tecnico e all'attribuzione dei punteggi di cui al parametro B3). Eccesso di potere per difetto del presupposto, difetto di istruttoria.

Come già ricordato alla voce B3 concorrono ulteriori sub criteri.

La Commissione ha deciso di limitare l'esperienza specifica (Voce B3) solo all'attività documentata successiva al 2007.

Nell'Offerta Tecnica, per la Voce B3 ("ESPERIENZA SPECIFICA", pag. 33 Disciplinare), che prevedeva 20 punti complessivi assegnabili, Curiosi di natura ha presentato documentazione di attività dal 2001 in poi.

In nessuna parte dell'art. 21 del Disciplinare appariva alcuna limitazione temporale di esperienze documentabili e valutabili dalla Commissione, né in alcuna altra parte del Disciplinare, in riferimento a tale aspetto previsto solo all'art 21, per l'Offerta Tecnica dei concorrenti. Era previsto solo un tetto massimo di punti assegnabili per ogni singola voce o sub-voce del punto B3.

Invece la Commissione di gara nella sua seconda seduta riservata, del 19 dicembre 2017, dopo la prima seduta riservata dell'11 dicembre (in cui era stata data lettura delle Offerte Tecniche dei concorrenti) delibera che:

“La Commissione con riferimento al criterio B3) “esperienza specifica”, previsto all'art 21 del disciplinare di gara, valuta di prendere in considerazione le esperienze elencate dagli offerenti dal 2007 in poi come specificato esplicitamente nel disciplinare di gara e pertanto alle esperienze maturate precedentemente al 2007 non viene attribuito alcun punteggio”.

La decisione della Commissione non emerge da alcuna norma del Bando ma è meramente interpretativa e come tale ha determinato, ex post, un criterio di valutazione.

Per di più la Commissione non ha predeterminato il criterio ma lo ha adottato dopo aver visionato le offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Ciò, in se, costituisce Motivo autonomo di illegittimità

6° Motivo: violazione di legge e/o eccesso di potere sotto il profilo della lesione della par condicio

Per giurisprudenza costante la predeterminazione da parte della stazione appaltante dei criteri di aggiudicazione ha la funzione di evitare che gli stessi possano essere confezionati ex post atteso che in attuazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, par condicio e trasparenza è vietata l'introduzione di ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella lex specialis ovvero la loro modifica/integrazione "interpretativa" come è avvenuto in questo caso (CS 2267/15).

Sulla decisione assunta di limitare la valutazione del curriculum ad attività svolte dopo il 2007 si evidenzia che

- In nessuna parte dell'art. 21 del disciplinare è prevista alcuna esplicita limitazione temporale delle esperienze presentabili dai concorrenti per l'attribuzione di punti all'Offerta Tecnica. E ciò vale anche per l'art. 20, che è l'unico che tratta di altri aspetti affini dell'Offerta Tecnica soggetta a punteggio di gara

- Il richiamo della Commissione a "*come specificato esplicitamente nel disciplinare di gara*" è quindi infondato, per quanto attiene l'attribuzione di punti all'Offerta tecnica dei concorrenti di cui alla voce B3

- Quanto deliberato dalla Commissione, con i richiami esplicitati a verbale, è quindi un'interpretazione restrittiva e infondata delle norme esplicitamente previste nel disciplinare di gara e, temporalmente, illegittima.

È stata una decisione "in danno" di un concorrente assunta ad integrazione del bando quando erano già conosciute le offerte tecniche e, la decisione, ha impedito l'attribuibilità di vari punti a Curiosi di natura, operante dal 2001. Cosa che non avveniva invece con Rogos, essendo questa attiva solo dal 10/11/2008 con una gestione di riserva naturale con attività didattiche e servizio di visite guidate (v. visura camerale).

Si evidenzia che un solo punto del disciplinare prescriveva un'esplicita delimitazione temporale successiva al 2007 per la documentazione presentabile. Ma questa si riferiva alla ben

diversa fattispecie dell'ammissibilità dei concorrenti alla gara (v. disciplinare, art 9 - Requisiti per la partecipazione alla gara, voci "e" ed "f", pag. 9-10) che si riferiscono solo ai criteri di ammissibilità, senza alcun rinvio - esplicito od implicito - ad altre parti del disciplinare, riferite ad altre fattispecie.

La deliberazione della Commissione è quindi un'interpretazione analogica restrittiva, e infondata, di quanto esplicitamente disposto a riguardo nel punto specifico dell'art 21 del disciplinare.

In una corretta applicazione dell'art 21 del disciplinare, togliendo la limitazione illegittimamente introdotta dalla Commissione di gara alla Voce B3) "esperienza specifica", cioè di valutare documentazioni di esperienze maturate solo successivamente al 2007, i punti in più da attribuire a Curiosi di natura, ai sensi del Disciplinare, alle voci B3, Sub criterio 1 voci a) e b) aumenterebbero a 9,42 punti, il che determinerebbe l'aggiudicazione della gara a Curiosi di natura

Si riporta il ricalcolo ricomprendendo anche le annualità illegittimamente escluse seppur elencate nell'offerta.

Sub voce B): responsabile scientifico di curiosi di natura, Barbara Bassi

Esperienza del responsabile scientifico di Curiosi di natura, compresi i periodi antecedenti il 2007:

- 14/06/2014 - 15/10/2014: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 4 mesi completi

- 14/02/2010 - 31/12/2010: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 10 mesi completi

- 16/02/2009 - 31/12/2009: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 10 mesi completi

- 09/05/2008 - 31/12/2008: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 7 mesi completi

- 01/01/2007 - 31/12/2007: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 21 mesi completi più 12 mesi correttamente ricompresi nel periodo indicato ed erroneamente non conteggiati e documentabili con i contratti e determine di affido della Provincia di Trieste, pari a 1 punto in più.

- 01/04/2005 – 31/12/2006: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 20 mesi completi
- 01/07/2002 – 31/12/2004: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 30 mesi completi
- 01/05/2001 – 30/04/2002: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 12 mesi completi

Totale: 105 mesi completi di esperienza dichiarata

Sottraendo, come da disciplinare, dai 105 mesi i 24 previsti per l'ammissibilità, si giunge ad 81 mesi da conteggiare ai fini di punteggio (cioè 62 mesi in più rispetto a quelli conteggiati con il limite del 2007).

Calcoli per i punti da assegnare, come da disciplinare:

b) pt. 0,5 ogni 6 ulteriori mesi di esperienza fino ad un max di pt. 7 (si sommano i mesi interi)

ricalcolo assegnazione punti a curiosi di natura: mesi 81: $6 \times 0,5 = 6,75$ punti

punti assegnabili a Curiosi di natura alla voce B3, sub criterio 1, voce b) = 6,75 sui 7 assegnabili

(invece dei punti 1,58 assegnati, con lo stesso calcolo ma entro il limite temporale del 2007)

Differenza alla voce b) per Curiosi di natura = 5,17 punti in più

Sub voce A): esperienza di curiosi di natura, relativa alla gestione di riserve naturali

Esperienze di Curiosi di natura, compresi i periodi antecedenti il 2007:

- 25/04/2014 - 31/10/2014: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 6 mesi completi
- 25/02/2008 – 24/01/2011: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 35 mesi completi
- 01/04/2005 – 31/12/2007: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 21 mesi completi +12 (+12 mesi, correttamente ricompresi nel periodo indicato, e documentabili con i contratti e determine di affido della Provincia di Trieste, pari a 1 punto in più)
- 01/07/2002 – 31/12/2004: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 30 mesi completi
- 01/05/2001 – 30/04/2002: Giardino Botanico Carsiana (Provincia di Trieste): Tot. 12 mesi completi

TOTALE 104 MESI COMPLETI DI ESPERIENZA

Sottraendo, come da disciplinare, dai 104 mesi totali i 36 previsti per l'ammissibilità, si giunge a 68 mesi da conteggiare ai fini dei punteggi (pari a 51 mesi in più rispetto a quelli conteggiati con il limite del 2007 = 17 mesi entro il 2007, sottratti i 36 mesi; 68 mesi, oltre il limite del 2007, sottratti i 36 di ammissibilità).

Calcoli per i punti da assegnare, come da disciplinare:

a) pt. 1 per ogni anno ulteriore rispetto a quanto previsto per l'ammissione fino ad un max di pt. 10 (si sommano i mesi e gli anni interi)

Totale mesi validi per l'esperienza aggiuntiva all'ammissibilità: 68

CALCOLO ASSEGNAZIONE PUNTI: mesi 68: 12 = 5,67 anni = 5,67 PUNTI

PUNTI ASSEGNABILI A CURIOSI DI NATURA ALLA VOCE a) = 5,67* punti Su 10, che diventano 6,67 tenendo conto dei 12 mesi correttamente ricompresi nel periodo indicato)

Ciò invece degli 1,42 p.t assegnati con il medesimo metodo di calcolo, limitatamente a entro il 2007

Conteggiando la voce B3 su queste basi di calcolo (5,67/6,67 pt. Esperienza Cop + 6,75 esperienza esperto + 3 pt lavori editoriali di carattere scientifico)) si ottiene un totale di = 15,42 punti (o 16,42 con i mesi dichiarati ma non conteggiati) invece che i 6 assegnati il punteggio totale dell'offerta tecnica di Curiosi di natura passerebbe così da 70,50 a 79,92 o a 80,92 punti ricalcolando i 12 mesi dichiarati ma non conteggiati

E la somma di OT e OE (senza calcolare varianti di punteggi sulla sub-voce b2 per l'esperto di Rogos) salirebbe a 93,21 (o 94,21 punti per i 12 mesi non conteggiati in sede di gara), superando quella di Rogos di 3,77 (o, con i 12 mesi, di 4,77 punti)

Se si calcola anche il conteggio dei punti per l'esperto di Rogos (- 5,83 pt.), il distacco a favore di Curiosi di natura aumenta a + 9,6, per un totale di 93,21 punti a Curiosi di natura, e 83,61 a Rogos.

7° Motivo - violazione di legge e/o eccesso di potere sotto il profilo della lesione della par condicio.

Come già richiamato la Commissione ha deciso di limitare alle esperienze documentate dopo il 2007 l'attribuzione di punteggi dopo aver preso atto, come risulta dai verbali, delle offerte tecniche dei concorrenti interpretando l'art. 9, commi e) ed f) in riferimento all'art. 21 come se "criteri di ammissibilità" e "valutazione delle esperienze" fossero concetti omologhi.

Tale limitazione temporale non trova riferimento in alcuna previsione della lex specialis che limita le attività successive al 2007 esclusivamente ai fini della partecipazione e non dell'attribuzione di punteggi aggiuntivi.

Trattasi all'evidenza di decisione assunta non come criterio generale e astratto ma che ha avuto un'ingerenza specifica nella procedura di gara.

Si eccepisce l'illegittimità della decisione in quanto, per giurisprudenza costante la predeterminazione da parte della stazione appaltante dei criteri di aggiudicazione ha la funzione di evitare che gli stessi possano essere confezionati ex post atteso che in attuazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, par condicio e trasparenza è vietata l'introduzione di ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella lex specialis ovvero la loro modifica/integrazione "interpretativa" come è avvenuto in questo caso (CS 2267/15).

8° Motivo: violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara in particolare ai parametri e criteri di valutazione delle offerte quanto all'elemento B3 dell'offerta tecnica inerente all'esperienza specifica relativa alla gestione di riserve naturali. Difetto dei presupposti ed omessa istruttoria in relazione agli specifici contenuti dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

Si è già illustrato il motivo, anche nel precedente ricorso.

Viene contestata la congruità, ai fini dell'assegnazione dei punteggi, dei periodi di attività documentati da Rogos per il responsabile scientifico. Come già evidenziato nel precedente ricorso il responsabile scientifico ha lavorato per Rogos ma sono state indicate, per il punteggio aggiuntivo, attività in realtà gestite dalla Cooperativa, ma spaccettate fra i vari Enti pubblici committenti degli appalti. **Indicando il committente nell'Ente anziché nella Cooperativa - come in realtà è avvenuto - ha consentito di poter elencare sotto profili diversi la medesima attività svolta apparentemente a favore di soggetti diversi, aumentando così il punteggio per la avvenuta duplicazione.**

In pratica, invece di dichiarare Rogos come committente di lavoro del responsabile scientifico, sono stati sistematicamente indicati gli Enti pubblici committenti di incarichi a Rogos, come se il responsabile scientifico avesse lavorato direttamente per l'Ente pubblico indicato nel DGUE (cosa facilmente verificabile dai contratti d'incarico dell'esperto, se stipulati con Rogos o con l'Ente Pubblico. Va da sé che se il committente di lavoro dell'esperto era Rogos, e non l'Ente pubblico indicato nel DGUE, si tratta di un'ulteriore dichiarazione non veritiera nella documentazione di gara).

Questa tecnica espositiva (desumibile dal documento 7A e dal documento 7/B) ha comportato che venissero valutate come differenti "esperienze in servizi analoghi" attività svolte in realtà nell'ambito di appalti della Cooperativa, e quindi di un solo committente, e non per gli Enti Pubblici dichiarati nel DGUE (v. pag. 19, voce b)" I componenti della struttura di lavoro: n. 1 esperto..."). Si ricorda che il responsabile scientifico indicato da Rogos è anche la Presidente di Rogos, che quindi firma dichiarazioni su proprie esperienze lavorative, pertanto con piena coscienza del loro contenuto.

In seguito a tale tecnica espositiva "spaccettata", attività svolte per lo stesso committente, cioè Rogos, sono state conteggiate ai fini di punteggio due o più volte (precisamente fino a 4 volte, ma mediamente 3), perché riferite ai medesimi anni o periodi.

Si evidenzia che ciò ha portato la Commissione di gara a riconoscere all'esperta di Rogos più mesi di lavoro all'anno di quelli presenti nel

calendario, giungendo a riconoscerle fino a 21, 24 e 35 mesi di lavoro, rispettivamente negli anni 2013, 2014 e 2016!

Inoltre, non viene dichiarato se le attività "ulteriori" del responsabile scientifico siano consistite in "servizi analoghi" (così come previsto dal bando) consistenti in "attività oggetto dell'appalto" oppure mere attività senza alcun contenuto scientifico svolte come dipendente o collaboratore di Rogos.

Non è sufficiente ai sensi del bando di gara indicare le attività svolte all'interno di riserve naturali o giardini botanici ma devono essere esperienze di "gestione" e come tali sufficientemente documentate e non di mere attività che possono essere state di carattere materiale o, comunque, non di carattere scientifico.

Trattasi di carenza strutturale e non meramente formale per cui non è invocabile il soccorso istruttorio ex art. 83 D.lgs. 50/2016.

Nel Disciplinare all'art. 21 i Criteri di Valutazione sono suddivisi in criteri quantitativi (QT) e criteri qualitativi (QL).

Per la voce B3 sono previsti e indicati solo punti quantitativi (QT) connessi a riferimenti oggettivi non oggetto di valutazione discrezionale e qualitativa da parte della Commissione di gara.

9° Motivo: violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara in particolare ai parametri e criteri di valutazione delle offerte quanto all'elemento B3 dell'offerta tecnica inerente all'esperienza specifica relativa al responsabile scientifico del giardino. Difetto dei presupposti ed omessa istruttoria in relazione agli specifici contenuti dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria. Contraddittorietà e perplessità della motivazione.

Si richiama quando illustrato per il Motivo sulla valutazione ai fini dell'attribuzione dei punteggi aggiuntivi esclusivamente per le attività dichiarate, svolte e documentate solo successivamente al conseguimento della laurea magistrale.

oo O oo

tutto ciò premesso si chiede che l'Ill.mo Consiglio di Stato voglia, in accoglimento, riformare la Sentenza 337/2018 pubblicata in data 31.10.2018 del TAR per il Friuli Venezia Giulia annullando, per i motivi dedotto, l'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Con vittoria di spese di lite e rifusione del Contributo unificato.

ISTANZA DI SOSPENSIVA

L'Amministrazione non ha ancora sottoscritto il contratto e l'interesse dei ricorrenti è l'effettiva aggiudicazione e non il solo eventuale risarcimento per equivalente per la valorizzazione del curriculum.

Si chiede pertanto l'Ill.mo Consiglio di Stato voglia sospendere, nelle more, l'efficacia esecutiva della Sentenza.

Dichiarazione di valore

Ai sensi del DPR 30 maggio 2002, n. 115 - Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, così come modificato, nella determinazione del contributo unificato, dalle successive disposizioni di legge si dichiara che il Contributo Unificato è pari ad € 4.000,00

Comunicazione ai sensi dell'art. 170 C.p.c.

L'avv. Gianfranco Carbone comunica, ai sensi dell'art. 170 Cpc che il numero di fax dello studio legale è 040 364422.

La PEC è

gianfranco.carbone@avvocatitriestepec.it

alessiopetretti@ordineavvocatiroma.org

Trieste,30 novembre 2018

avv. Gianfranco Carbone