

Non sussiste alcun onere di immediata impugnazione del bando a fronte di sub-criteri di valutazione o ponderazione del punteggio assenti o indeterminati.

di Cristiano Giovanni Gasparutti

Data di pubblicazione: 21-5-2020

1. A fronte di sub-criteri di valutazione o ponderazione del punteggio assenti o indeterminati, la giurisprudenza esclude un onere di immediata impugnazione del bando, stante la natura non escludente delle previsioni in questione, le quali non solo non impediscono la partecipazione degli operatori del settore ma neppure predeterminano alcun esito vincolato della selezione valutativa, che possa ritenersi, ex post, meramente confermativo e ricognitivo di una lesione già in precedenza predeterminata e certa (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 2602/2018 e n.173/2019; id., sez. III, n. 3595/2016 e n. 3434/2018).

Guida alla lettura

Nella vicenda sottoposta all'esame del Consiglio di Stato l'appellante deduceva, pur non avendovi preso parte, la illegittimità della procedura di gara per l'affidamento del servizio di vigilanza, prevenzione incendi e gestione emergenze in pronto intervento perché a suo dire non era possibile formulare una consapevole e avveduta offerta.

Invero, secondo parte appellante i criteri di formulazione dell'offerta tecnica e i requisiti minimi di partecipazione erano illegittimi in quanto determinati in modo generico e (i secondi) mediante pedissequo richiamo ai criteri di cui all'articolo 83 del d.lgs n. 50 del 2016 (...).

Il Tar dichiarava il ricorso inammissibile per carenza di legittimazione ad agire della ricorrente, disattendendo l'assunto della natura escludente ed immediatamente lesiva delle clausole contestate.

E tuttavia, anche secondo il Giudice di Appello, a fronte di sub-criteri di valutazione o ponderazione del punteggio assenti o indeterminati, la giurisprudenza esclude un onere di immediata impugnazione del bando, stante la natura non escludente delle previsioni in questione, *le quali non solo non impediscono la partecipazione degli operatori del settore ma neppure predeterminano alcun esito vincolato della selezione valutativa, che possa ritenersi, ex post, meramente confermativo e ricognitivo di una lesione già in precedenza predeterminata e certa (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 2602/2018 e n.173/2019; id., sez. III, n. 3595/2016 e n. 3434/2018).*

Tale orientamento trova conferma, per il Consiglio di Stato, anche sul piano normativo, poiché la preventiva obbligatoria individuazione nella *lex specialis* di gara di sub-criteri di valutazione non risulta affatto prevista in termini di doverosità né dall'art 86 del codice dei contratti

pubblici, né tanto meno dalle linee guida n. 2 dell'ANAC approvate nell'anno 2016 (aggiornate con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018), recanti indicazioni operative relativamente al procedimento di aggiudicazione della gare pubbliche sulla base del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dette linee guida, infatti, con riguardo alla valutazione degli elementi qualitativi della componente tecnica dell'offerta (punto V) *si limitano a prevedere l'opportunità che nel bando di gara vengano indicati gli elementi o i criteri che saranno valorizzati per l'apprezzamento degli elementi e delle caratteristiche delle soluzioni tecniche proposte dai concorrenti.*

Ciò con il corollario che *la previsione di sub-criteri o sub-punteggi risulta indicata, come mera facoltà riservata alla stazione appaltante, all'art. 95, comma 8, del codice dei contratti pubblici e il mancato esercizio di tale facoltà non può costituire, in sé, indice di illegittimità della lex specialis della procedura di gara.*

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 899 del 2020, proposto da

OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca De Pauli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro n. 13;

contro

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Galileo Omero Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Spingardi in Roma, via Filippo Civinini n.12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 00043/2020, resa tra le parti, concernente la domanda di annullamento degli atti della "Procedura aperta accelerata telematica di rilievo comunitario ai sensi dell'articolo 60 del Decreto Legislativo n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di vigilanza, prevenzione incendi e gestione emergenze in pronto intervento (cd. "Squadra Antincendio" D.M. 19.03.2015) presso il Presidio Ospedaliero di Fabriano".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza del giorno 7 maggio 2020, tenuta in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, co. 6, d.l. n. 18/2020, il Cons. Giovanni Pescatore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. E' controversa la legittimità della procedura di gara indetta dall' OMISSIS per l'affidamento del servizio di vigilanza, prevenzione incendi e gestione emergenze in pronto intervento presso il Presidio Ospedaliero di Fabriano.

La ditta qui appellante - pur non avendovi preso parte - ne ha censurato gli atti regolativi come ostativi ad una consapevole e avveduta formulazione dell'offerta.

2. Le censure si sono appuntate: *i)* sulla mancata graduazione dei punteggi con riferimento ai singoli aspetti tecnici suscettibili di valutazione; *ii)* sulla mancata determinazione di un fatturato minimo quale requisito di ammissione; *iii)* sui criteri di formulazione dell'offerta tecnica e sui requisiti minimi di partecipazione, contestati in quanto determinati in modo generico e (i secondi) mediante pedissequo richiamo ai criteri di cui all'articolo 83 del d.lgs n. 50 del 2016; *iv)* sulla scarsa chiarezza della previsione di un responsabile del controllo della qualità.

3. Il Tar ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di legittimazione ad agire della ricorrente, disattendendo l'assunto della natura escludente ed immediatamente lesiva delle clausole contestate.

4. Nella presente sede viene riproposta la tesi già avanzata in primo grado, attraverso una riconsiderazione critica degli argomenti addotti in senso contrario nella sentenza impugnata.

5. L' OMISSIS si è ritualmente costituita in giudizio, replicando alle deduzioni avversarie e chiedendone l'integrale reiezione.

6. A seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata posta in decisione all'udienza pubblica del 7 maggio 2020.

DIRITTO

1. Stante la dichiarata intenzione dell'appellante di non riproporre le questioni sollevate con i motivi IV e VI del ricorso originario nonché con i motivi aggiunti III e VII (vedi pag. 12 dell'atto di appello), oggetto di sindacato nel presente giudizio sono soltanto i capi della sentenza con cui sono state ritenute non escludenti le clausole del bando e del disciplinare di gara che attengono:

- alla mancata specificazione dei sub/criteri per la valutazione delle offerte;

- alla generica ed imprecisa formulazione dei requisiti minimi dell'offerta tecnica e dei requisiti di capacità tecnica di cui all'art 83 del d.lgs. n. 50/2016;
- alla proroga del termine di presentazione delle offerte.

2. Nel merito, le deduzioni formulate dalla parte appellante risultano complessivamente inidonee a sovvertire gli esiti del giudizio di primo grado e la ritenuta natura non immediatamente lesiva della clausole fatte oggetto di sindacato.

3. E' il caso, innanzitutto, delle previsioni intercettate dal primo motivo di appello e regolative della attribuzione dei punteggi, censurate perché carenti di sub-elementi di specificazione del peso ponderale dei contenuti tecnici dell'offerta.

3.1. Questi risultano individuati nella legge di gara attraverso cinque macro-voci (denominate "sezioni"), a ciascuna delle quali è stato attribuito un *range* di punteggio che va da un minimo di 5 ad un massimo di 20 punti.

L'art. 17 del disciplinare di gara, per quanto riguarda la specificazione degli elementi e le caratteristiche connotanti ciascun criterio di valutazione, fa poi espresso rinvio al capitolato prestazionale e, più in particolare, alla scheda classificata come allegato 1, nella quale vengono enucleate singole componenti di ciascuna "macrovoce" oggetto di valutazione (la prima macrovoce è articolata in otto elementi, la seconda e la terza in due).

A nessuna di queste componenti descrittive di dettaglio è stato associato un sub-punteggio.

3.2. La tesi di parte appellante è che l'individuazione di sub-punteggi associati alle sotto-voci elencate all'interno delle "sezioni" o "macro-voci" avrebbe consentito all'operatore (in linea con quanto indicato nelle linee guida Anac n. 2) di dosare le proprie risorse in modo più consapevole su ciascuna delle componenti tecniche più analiticamente enucleate.

Viceversa, la mancata definizione di sub-criteri associati a sub-punteggi avrebbe finito per condizionare la formulazione non solo dell'offerta tecnica, ma anche della proposta economica, rendendo l'offerente ignaro di cosa avrebbe potuto trovare il maggiore gradimento della stazione appaltante e di come i punteggi tecnici sarebbero stati attribuiti.

3.3. Analoga carenza viene denunciata con riguardo ai requisiti di capacità tecnica (art. 15 disciplinare) ed ai chiarimenti (n. 6 e 7) resi in proposito dalla stazione appaltante, in quanto tradottisi in un mero rinvio alle specifiche del capitolato tecnico e alla lettera del codice (art. 83 d.lgs. n. 50/2016).

3.4. Il secondo motivo di appello intende censurare, in sostanziale reiterazione del precedente, la risposta elusiva che l'amministrazione appaltante avrebbe reso (con nota pubblicata sul sito in data 5.9.2019) alla richiesta di chiarimenti (articolata in 5 punti) avanzata dal Tar con il decreto cautelare n. 155/2019 con riguardo alle diverse lacune segnalate dalla ricorrente.

Alla luce dell'impulso impartito dal primo giudice, viene poi censurata come contraddittoria la valutazione infine espressa in sentenza nel senso della insussistenza di *".. alcun obbligo di contenuto per i chiarimenti, i quali peraltro non potevano che limitarsi all'interpretazione del bando, non essendo idonei a modificare alla legge di gara"*.

4. I profili di censura sin qui riepilogati si prestano ad una unitaria valutazione di infondatezza, già correttamente formulata dal primo giudice attraverso l'argomento dirimente secondo il quale le omissioni censurate, oltre a non predeterminare alcun esito vincolato della selezione valutativa, non precludevano affatto la partecipazione dei potenziali concorrenti.

4.1. A fronte di sub-criteri di valutazione o ponderazione del punteggio assenti o indeterminati, la giurisprudenza esclude un onere di immediata impugnazione del bando, stante la natura non escludente delle previsioni in questione, le quali non solo non impediscono la partecipazione degli operatori del settore ma neppure predeterminano alcun esito vincolato

della selezione valutativa, che possa ritenersi, *ex post*, meramente confermativo e ricognitivo di una lesione già in precedenza predeterminata e certa (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 2602/2018 e n.173/2019; id., sez. III, n. 3595/2016 e n. 3434/2018).

4.2. Il convincimento espresso, nel medesimo senso, nella sentenza qui impugnata, trova conferma anche sul piano normativo, poiché la preventiva obbligatoria individuazione nella *lex specialis* di gara di sub-criteri di valutazione non risulta affatto prevista in termini di doverosità né dall'art 86 del codice dei contratti pubblici, né tanto meno dalle linee guida n. 2 dell'ANAC approvate nell'anno 2016 (aggiornate con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018), recanti indicazioni operative relativamente al procedimento di aggiudicazione della gare pubbliche sulla base del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Dette linee guida, infatti, con riguardo alla valutazione degli elementi qualitativi della componente tecnica dell'offerta (punto V), si limitano a prevedere l'opportunità che nel bando di gara vengano indicati gli elementi o i criteri che saranno valorizzati per l'apprezzamento degli elementi e delle caratteristiche delle soluzioni tecniche proposte dai concorrenti.

La previsione di sub-criteri o sub-punteggi risulta indicata, come mera facoltà riservata alla stazione appaltante, all'art. 95, comma 8, del codice dei contratti pubblici; ne deriva che il mancato esercizio di detta facoltà non può costituire, in sé, indice di illegittimità della *lex specialis* della procedura di gara.

Ciò non toglie, naturalmente, che un'articolazione incongrua, del tutto deficitaria o eccessivamente lasca dei riferimenti tecnici e valutativi, possa essere censurata dai concorrenti in gara, sempre, tuttavia, unitamente all'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura, essendo questo il momento concretizzante l'effetto lesivo conseguente al limite disfunzionale embrionalmente presente nella legge di gara.

Valgono in proposito le considerazioni già svolte dalla pronuncia n. 4 del 2018 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio.

4.3. Quanto alle caratteristiche minime prestazionali del servizio qui controverso, va ribadito che le previsioni dell'art 15 del disciplinare di gara, recante le istruzioni per la redazione dell'offerta tecnica, si coordinano con quanto previsto dall'art 17.1, il quale, per quanto riguarda la specificazione degli elementi e delle caratteristiche connotanti ciascun criterio di valutazione individuato dal bando, ha fatto espresso rinvio al capitolato prestazionale e, più in particolare, alla scheda classificata come allegato 1.

Dalla lettura combinata di queste disposizioni risultano distintamente enucleabili le informazioni minime che i concorrenti avrebbero dovuto fornire con riferimento a ciascuno dei cinque criteri o parametri valutazione e che sarebbero state valorizzate ai fini dell'apprezzamento da parte di ciascun componente della Commissione giudicatrice e dell'attribuzione dei relativi punteggi.

Può quindi concludersi che ciascun operatore è stato preventivamente e sufficientemente edotto delle caratteristiche minime prestazionali del servizio che doveva essere garantito, in termini di organizzazione, dotazione e qualificazione del personale; di attrezzature tecnologiche e soluzioni migliorative proponibili, oltre che di parametri tecnici ai quali la stazione appaltante avrebbe ancorato il proprio giudizio sulle proposte in gara.

4.4. Il fatto che ai singoli sub-parametri (riportati nell'allegato 1 e connotati da un apprezzabile livello di dettaglio) non sia stato associato uno specifico *range* di sub-punteggio, non può assurgere a circostanza ostativa alla formulazione dell'offerta, neppure sotto il profilo della difficoltà che ne è scaturita per il concorrente di conoscere *ex ante* su quali specifici (sub)elementi della offerta tecnica si sarebbero indirizzate le preferenze della stazione

appaltante.

Si tratta, infatti, di un fattore di imponderabilità e aleatorietà in qualche misura comune a tutte le procedure selettive aventi ad oggetto servizi complessi non rigidamente pianificati a monte dai capitolati tecnici, ma viepiù ricorrente nei casi in cui la stazione appaltante ritenga opportuno (nel legittimo esercizio di sue facoltà discrezionali) predisporre sistemi di gara che non irrigidiscano eccessivamente la libera iniziativa progettuale dei concorrenti ma, al contrario, premiano l'elaborazione di soluzioni organizzative coerenti con le peculiarità delle singole aziendali in gara e, per tale via, maggiormente funzionali al più efficiente ed efficace svolgimento della prestazione richiesta. La predisposizione di rigide e vincolanti scale di ponderazione delle singole componenti del servizio può dunque cedere il passo, in questi casi, alla sola indicazione dei contenuti tecnici minimi essenziali ed ad una modulazione dei punteggi non ancorata a griglie analitiche e di dettaglio.

In ipotesi siffatte, è lo stesso contenuto della prestazione da rendere all'amministrazione committente a sconsigliare una conformazione del servizio strettamente vincolata alle prescrizioni puntuali della stazione appaltante – in quanto potenzialmente non armonizzabili con l'assetto organizzativo e gestionale della struttura aziendale concorrente; per altro verso, in un sistema di gara che assegni spazio alla ideazione progettuale dei concorrenti in gara, il singolo elemento (quantitativo o qualitativo) dell'offerta si presta ad essere diversamente apprezzato proprio in ragione del contesto programmatico nel quale è inserito, così da disincentivare, ancora una volta, una predefinitiva vincolante ed eccessivamente analitica dei sub-criteri valutativi.

4.5. Nel caso di specie l'omessa articolazione di sub-parametri di attribuzione del punteggio ha evidentemente corrisposto ad una impostazione finalizzata a combinare, in misura bilanciata, la necessità di indicare i contenuti minimi essenziali del servizio, senza limitare, con una predefinitiva degli indici ponderali di preferenza, la varietà di soluzioni proponibili e, quindi, precludere il libero e proficuo confronto competitivo nella sua massima estrinsecazione, propria del criterio della maggiore vantaggiosità economica calibrato su una rilevanza preponderante della offerta tecnica su quella economica (rispettivamente apprezzabili sino ad un massimo di 70 e di 30 punti).

In ogni caso, si ribadisce, la contestazione articolata da parte appellante presuppone un carattere di ostatività delle clausole disciplinari alla stessa possibilità di formulazione dell'offerta che, per quanto sin qui esposto, nel caso di specie non è possibile ravvisare.

4.6. Con ancora più nettezza l'esito di inammissibilità per carenza di legittimazione ed interesse ad agire si attaglia al rilievo riferito alla mancata enucleazione di specifici requisiti di capacità, non potendo detta lacuna giammai essere considerata direttamente lesiva e men che meno immediatamente escludente per i concorrenti, i quali, con tutta evidenza, non possono averne risentito alcun effetto limitante la loro facoltà di partecipazione alla gara.

5. I rimanenti rilievi riferiti al differimento del termine di presentazione dell'offerta e all'asserita inosservanza del *dictum* cautelare risultano palesemente inconsistenti, sia alla stregua delle condivisibili considerazioni espresse in proposito dal Tar; sia perché inidonei a scalfire le decisive considerazioni sin qui illustrate in merito alla natura non escludente delle previsioni di gara qui contestate.

5.1. Il termine di formulazione delle offerte è stato originariamente fissato al 2.8.2019 e poi differito al 13.9.2019, a seguito del decreto cautelare del Tar (che ne aveva imposto una proroga di 10 giorni). La parte appellante si duole della individuazione di una data immotivatamente anticipata rispetto a quella (del 30.9.2019) a decorrere dalla quale sarebbero

state valutate le offerte, sostenendo che tale scelta è stata animata dall'unico (e strumentale) intento di impedirle la formulazione di una offerta e la partecipazione alla gara.

Si tratta, tuttavia, di rilievo non conducente, poiché ciò che rileva è che la modifica dei termini ha posto la parte nella indubbia condizione di poter formulare una offerta tempestiva; mentre, rispetto a questo dato obiettivo, non assume alcuna rilevanza la tempistica di calendarizzazione dell'esame delle offerte.

5.2. Quanto all'asserita elusione dell'effetto conformativo del decreto cautelare n. 155/2019, è sufficiente considerare che detto decreto non prevedeva alcun obbligo di contenuto per i chiarimenti, né sussisteva, per quanto sopra esposto, alcun effetto escludente del quale le disposizioni della legge di gara meritassero di essere emendate sotto impulso cautelare del Tar, onde consentire all'impresa qui appellante una partecipazione altrimenti impossibile.

5.3. Non resta che concludere, pertanto, per la complessiva infondatezza dell'atto di appello.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte appellante a rifondere in favore della parte appellata le spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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