

Publicato il 29/12/2022

N. 11580/2022REG.PROV.COLL.
N. 06188/2022 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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6188 del 2022, proposto dalla Tedeschi S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con il Consorzio Stabile Istant Service, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Albanese, Angelo Clarizia, Enzo Perretini, Gaetano Zurlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Universal Service – Azienda di Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Napoli, Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Provincia di Viterbo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Fraticelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Università degli Studi della Tuscia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda quater) n. 4983/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Universal Service – Azienda di Servizi S.r.l., della Provincia di Viterbo e dell'Università degli Studi della Tuscia;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2022 il Cons. Maurizio Antonio Pasquale Francola e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, Gaetano Zurlo, Davide Angelucci su delega di Marco Napoli, Giuseppe Fraticelli

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera del Consiglio di Amministrazione del 30 marzo 2021 seguita dal Decreto del Direttore generale n.419 del 16 giugno 2021, l'Università degli Studi della Tuscia avviava l'*iter* procedurale propedeutico all'affidamento, previo espletamento di una procedura aperta da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art.95 co.3 D.Lgs. n.50/2016, del contratto di appalto quadriennale del servizio di pulizia degli immobili universitari e di fornitura degli occorrenti materiali di consumo dei servizi igienici per un importo complessivo di € 2.640.000,00 oltre I.V.A.

Le operazioni di gara venivano delegate alla Provincia di Viterbo che, nella sua qualità di Stazione unica appaltante (S.U.A.), pubblicava il bando (CIG

8783427940) sulla G.U.U.E. in data 26 luglio 2021 e sulla G.U.R.I. del 30 luglio 2021, provvedendo alle operazioni successive, sino all'aggiudicazione della procedura che, con decreto n.30 del 25 gennaio 2022, veniva disposta dal Direttore Generale dell'Università degli Studi della Tuscia in favore della Tedeschi s.r.l. in R.T.I. con il Consorzio Stabile Istant Service.

Dopo di che, con ricorso notificato il 27 gennaio 2022 e depositato il 7 febbraio 2022, la concorrente Universal Service – Azienda di servizi s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con la Pilò s.r.l., impugnava dinanzi al T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, l'aggiudicazione, il bando, il disciplinare di gara e, soprattutto, il capitolato speciale d'appalto nella parte in cui quest'ultimo prevedeva all'art. 12 un meccanismo di attribuzione dei sub-punteggi di cui ai punti P.1.a., P.1.b. e P.2.c.1. ritenuto irrazionale, in quanto tendente ad assegnare il massimo non già al concorrente che avesse formulato la migliore offerta, bensì a quello che avesse casualmente espresso il valore più prossimo alla media aritmetica dei valori offerti da tutti i concorrenti, previa esclusione dal computo del 10% delle offerte contraddistinte dai valori più alti e più bassi. La Universal Service – Azienda di servizi s.r.l., oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, domandava, poi, anche, a titolo di reintegrazione in forma specifica, l'integrale rinnovazione della procedura di gara o, in subordine, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente cagionato con il suo illegittimo agire, con riserva di specificare e quantificare il nocumento in concreto patito nell'ambito di un autonomo e separato giudizio.

Si costituivano l'Università degli Studi della Tuscia, la Provincia di Viterbo e la Tedeschi s.r.l. (quest'ultima in proprio e nella qualità di designata mandataria del costituendo R.T.I. con il Consorzio Stabile Istant Service), opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto, oltre che infondato in fatto ed in diritto, anche e prima ancora inammissibile ed irricevibile per una molteplicità di eccezioni.

Con sentenza n.4983/2022 pubblicata il 26 aprile 2022 e da nessuna delle parti in causa notificata, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione Seconda Quater, dopo avere ritenuto destituite di fondamento le molteplici eccezioni di rito sollevate dalle Amministrazioni resistenti e dalla società controinteressata, accoglieva il ricorso, annullando l'intera procedura impugnata e condannando l'Amministrazione alla rinnovazione della gara, in accoglimento della chiesta reintegrazione in forma specifica, con compensazione delle spese processuali, in ragione della riscontrata irrazionalità delle controverse modalità di assegnazione dei punteggi contestate dalla ricorrente. Ed invero, secondo il giudice di primo grado, ciascuno dei tre sotto-criteri previsti ai punti P.1.a., P.1.b. e P.2.c.1. dell'art.12 del capitolato speciale d'appalto ascriveva rilevanza al numero di ore offerte per il servizio di pulizia "ordinario", ai macchinari messi a disposizione dell'Ateneo ed alle ore aggiuntive offerte per servizi di pulizia extra, prevedendo un meccanismo di attribuzione del relativo sub-punteggio congegnato in modo tale da assegnare il massimo alle proposte il cui valore numerico corrispondente a ciascuno dei citati fattori si attestasse in corrispondenza o in prossimità della media aritmetica di tutti i valori offerti (con uno scostamento massimo del 2% ovvero del 10%), con la precisazione che, man mano che i valori delle offerte in gara si discostavano dalla media calcolata, il punteggio decresceva, fino all'assegnazione di 0 punti per le offerte il cui valore differiva dalla media di almeno il 10% ovvero il 50%. Donde, secondo il giudice di primo grado, la denunciata irrazionalità del criterio, poiché, oltre all'imprevedibilità della valutazione dell'offerta in relazione ai concreti bisogni della Pubblica Amministrazione da soddisfare, il meccanismo si traduceva in un sostanziale appiattimento delle offerte derivante dalla risultante di tutti i valori espressi dai concorrenti secondo una logica di interdipendenza reciproca penalizzante tutte le proposte lontane tanto in difetto, quanto soprattutto in eccesso dalla media.

Con appello notificato il 20 luglio 2022 all'Università degli Studi della Tuscia, all'Universal Service – Azienda di servizi s.r.l. ed alla Provincia di Viterbo, nonché depositato il 26 luglio 2022, la Tedeschi s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con il Consorzio Stabile Istant Service, impugnava la predetta sentenza, domandandone la riforma, previa sospensione cautelare degli effetti, per i seguenti motivi:

I. – errores in iudicando ed in procedendo, eccesso di potere giurisdizionale, violazione ed erronea applicazione dei principi in tema di sindacato delle scelte discrezionali della P.A., erronea interpretazione ed applicazione degli artt. 30 e 95 D.Lgs. n.50/2016 e di ogni norma e principio in tema di predeterminazione dei criteri e sub-criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici, motivazione erronea e contraddittoria – perché il giudice di primo grado non avrebbe adeguatamente considerato che: a) i controversi criteri di aggiudicazione sarebbero corrispondenti alle effettive esigenze dell'Amministrazione, precludendo l'incidenza di offerte contraddistinte da prestazioni aggiuntive talmente elevate da essere assolutamente inutili e negativamente incidenti sulla qualità e sul prezzo dell'offerta stessa; b) il sindacato giurisdizionale sul potere discrezionale della Pubblica Amministrazione non poteva spingersi al punto da valutare l'opportunità dei criteri prescelti per l'aggiudicazione del contratto di appalto pubblico da affidare, tanto più considerata, nella circostanza, l'idoneità degli stessi a consentire una valutazione congiunta sia delle caratteristiche e delle qualifiche degli addetti all'espletamento del servizio in funzione delle specifiche prestazioni da svolgere, sia del numero e delle caratteristiche dei mezzi da impiegare, nell'ottica del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito; c) la scelta dell'Amministrazione di non attribuire punteggi, con formule o modalità premiali, alle offerte quantitativamente in assoluto più elevate ovvero implicanti l'inquadramento contrattuale di un numero eccessivo di addetti ai livelli più elevati era logica e scevra da profili di arbitrarietà, abnormità o irrazionalità, essendo evidente che l'offerta di un numero eccessivo o insufficiente di ore/servizio e/o dei macchinari e delle

attrezzature richieste, ovvero l'impiego eccessivo di figure professionali inquadrare nei livelli più alti o, al contrario, l'impiego esclusivo di addetti inquadrati nel livello più basso, determinerebbe il non corretto dimensionamento dell'organizzazione e, comunque, squilibri negativamente incidenti sulla qualità, efficacia e sostenibilità della prestazione e, a ben vedere, sul piano delle esigenze pubbliche da soddisfare ed in ragione delle quali era necessario selezionare le offerte idonee a garantire il miglior equilibrio, tra i fattori presi in considerazione dai tre sub-criteri previsti dal capitolato, onde far emergere i valori medi di mercato e premiare le offerte più vicine alla media "mediata", scoraggiando la presentazione di offerte fuori mercato per eccesso o per difetto; d) era perfettamente pertinente al caso di specie il precedente del Consiglio di Stato menzionato (Sez. V, n.5375/2014) già in primo grado; e) i criteri prescelti dall'Amministrazione erano, in realtà, idonei a favorire la formulazione di un'offerta mirata e calibrata rispetto agli interessi pubblici perseguiti poiché propedeutici a premiare il merito tecnico delle offerte, considerato che il capitolato aveva dettagliatamente descritto le modalità di esecuzione del servizio, i locali interessati e le esigenze da soddisfare anche sul piano occupazionale con la previsione di un'apposita clausola sociale; f) la previsione del taglio delle ali in relazione all'offerta economica non significa che il legislatore ne abbia a priori escluso la possibile operatività anche con riguardo alle offerte tecniche; g) l'eventuale illogicità di un criterio di aggiudicazione deve essere dimostrato in astratto e non all'esito della sua applicazione al caso concreto, non occorrendo per la formulazione di siffatta difesa la proposizione di un apposito ricorso incidentale, come sembrerebbe ritenersi nella sentenza impugnata, intendendosi soltanto confutare la fondatezza di una doglianza esplicitamente proposta nel ricorso di primo grado;

II. – *erroneità della statuizione di accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica* – poiché, in ossequio al principio di proporzionalità, non sussisterebbero i vizi di arbitrarietà, illogicità ed abnormità tali da giustificare

l'annullamento della procedura ed il risarcimento in favore della ricorrente di primo grado classificatasi all'undicesimo posto nella graduatoria di gara.

Costituitasi in giudizio, la Provincia di Viterbo eccepiva: a) la propria carenza di legittimazione passiva già dedotta in primo grado e respinta dal T.a.r. adito; b) l'erroneità della decisione impugnata poiché in contrasto con i principi di diritto già affermati dal Consiglio di Stato nella pronuncia della Sez. V n. 5375/2014 statuente i limiti al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulla scelta dei criteri di aggiudicazione di una gara; c) l'erroneità della decisione impugnata poiché i criteri prescelti non avrebbero favorito la selezione dell'offerta più mediocre.

L'Universal Service s.r.l., costituendosi in giudizio, si opponeva, invece, all'accoglimento dell'appello in quanto infondato in fatto e in diritto, in subordine chiedendo, in caso di riconosciuta fondatezza delle doglianze dell'appellata, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione interpretativa inerente alla compatibilità della normativa interna (eventualmente) legittimante l'adozione, nell'occasione, dei controversi criteri di attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica con le Direttive UE ed, in particolare, con le previsioni di cui ai considerando 90 e 92 e dell'art. 67 par. II della Direttiva 2014/24/UE e con le statuizioni della medesima Corte di Giustizia UE.

L'Università degli Studi della Tuscia, costituitasi in giudizio, formulava difese analoghe a quelle della Provincia di Viterbo, lamentando l'erroneità della decisione adottata dal giudice di primo grado nel merito.

All'esito della camera di consiglio del 30 agosto 2022, il Presidente del Collegio, con l'assenso di tutte le parti, rinviava la causa all'udienza pubblica del 8 novembre 2022 per la decisione nel merito dell'appello.

Le parti, quindi, depositavano delle memorie conclusive e di replica.

All'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2022, il Consiglio di Stato, dopo avere udito i procuratori presenti per le parti costituite, tratteneva l'appello in decisione.

DIRITTO

I. – Preliminarmente occorre precisare che le eccezioni di rito sollevate in primo grado dalle Amministrazioni resistenti e dalla società controinteressata, essendo state espressamente rigettate dall'adito T.a.r. con la sentenza impugnata, potevano essere riproposte in questa sede soltanto mediante la notifica di un apposito appello, trattandosi di questioni sulle quali consta un'espressa pronuncia del giudice di prime cure.

Come noto, infatti, per consolidato orientamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, III, 19 marzo 2014 n. 1357; IV, 14 aprile 2014 n. 1816; V, 4 agosto 2014 n. 4157; 10 agosto 2016 n. 3568), l'art. 101, comma 2, del Cod. proc. amm. consente alle parti diverse dall'appellante di riproporre le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, mediante memoria difensiva da depositare a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio delle parti medesime, mentre nella diversa ipotesi in cui un'eccezione pregiudiziale sia stata esaminata e respinta dal giudice di primo grado (come nel caso in esame), la parte che intende riproporre quella eccezione ha l'onere di impugnare il relativo capo della sentenza nelle forme dell'appello, eventualmente incidentale anche condizionato (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 novembre 2018 n.6551).

Pertanto, non avendo né le Amministrazioni resistenti, né la società controinteressata impugnato i capi della sentenza appellata dedicati all'espressa declaratoria di infondatezza di tutte le eccezioni di rito in primo grado sollevate, su queste ultime deve ritenersi formatosi il giudicato interno, con conseguente inammissibilità di un riesame delle stesse in appello eventualmente richiesto dalle parti interessate a titolo di mera difesa formulata nell'ambito di una mera memoria di costituzione o difensiva, peraltro, neanche notificata alle controparti.

Donde, l'inammissibilità dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva riproposta con la memoria di costituzione in appello depositata il 25 agosto 2022 dalla Provincia di Viterbo.

II. – Con il primo (e sostanzialmente unico) motivo di appello la Tedeschi s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con il Consorzio Stabile Istant Service, lamenta l'erroneità della sentenza impugnata con la quale il giudice di primo grado ha accolto il ricorso proposto dalla Universal Service s.r.l. avverso la *lex specialis* e l'aggiudicazione della procedura indetta dall'Università degli Studi della Tuscia (e gestita dalla Provincia di Viterbo nella qualità di Stazione Unica Appaltante) per l'affidamento del contratto di appalto, di durata quadriennale, avente ad oggetto servizi di pulizia degli immobili universitari, oltre alla fornitura degli occorrenti materiali di consumo dei servizi igienici, per un importo complessivo di € 2.640.000,00 oltre I.V.A.

L'illegittimità in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione resistente, secondo tanto la ricorrente in primo grado quanto l'adito T.a.r., dipenderebbe dalla scelta dei tre sub-criteri di attribuzione del punteggio previsti dal capitolato speciale ai punti P.1.a), P.1.b) e P.2.c.1) dell'art. 12, rispettivamente dedicati: 1) alla struttura operativa che sarà attivata per il servizio, con indicazione dei monte ore annui offerti per fasce di livello contrattuale, a partire dal II°, per prestazioni quotidiane, periodiche ed attività di controllo e coordinamento (sub-criterio P.1.a); 2) ai mezzi ed alle attrezzature messi a disposizione del servizio, dovendo i concorrenti indicare il numero dei mezzi offerti per ciascuna delle tipologie previste dal capitolato, per uno specifico impiego ed una specifica dislocazione (sub-criterio P.1.b); 3) il monte ore offerto per servizi aggiuntivi in previsione di particolari eventi (circa 70 l'anno) e per il servizio di presidio e di portierato, senza alcun onere per l'Amministrazione (sub-criterio P.2.c1).

Il primo, P.1.a), stabilisce, infatti, che: alle offerte tecniche contraddistinte da un monte ore inferiore a 35.000 sarà attribuito il valore 0 all'intera offerta tecnica; a quelle contraddistinte da un monte ore pari a 35.000 il valore 0 sarà attribuito soltanto al sub-criterio P.1.a.1; mentre per quelle contraddistinte da un monte superiore a 35.000 è previsto un calcolo articolato in modo tale da

assegnare dei valori moltiplicando il monte ore totale offerto per un coefficiente dipendente dal livello del personale impiegato e dall'utilizzo quotidiano o meno di macchine per l'erogazione del servizio, procedendo, poi, alla sommatoria dei valori così assegnati a tutte le offerte tecniche per calcolare la media aritmetica con esclusione dei valori più alti e di quelli più bassi del 10%, ottenendo, di conseguenza, un valore medio costituente parametro di riferimento per l'assegnazione dei punteggi finali previsti dal criterio in esame, considerato, infatti, che alle offerte conformi al valore medio o che se ne discostino per difetto o per eccesso di non oltre il 2% verrà assegnato il punteggio massimo, ossia 1, mentre per le altre è prevista l'assegnazione di punti inferiori (espressi in valori decimali quali 0,75, 0,50, 0,20,) sino all'attribuzione del punteggio di 0,00 alle offerte che differiscano in eccesso o in difetto di oltre il 10% dalla media.

Analogo metodo è previsto con riguardo agli altri due criteri in questione.

Sintetizzando le tesi a confronto, il metodo prescelto dall'Amministrazione, secondo l'appellante, sarebbe legittimamente congruo rispetto agli interessi pubblici perseguiti, poiché si tradurrebbe in un criterio premiale per le offerte più conformi ai reali valori di mercato di cui sarebbe esplicitativa la calcolata media ponderata risultante dalla divisione della somma dei valori espressi dalle offerte presentate, con conseguente effetto disincentivante per la presentazione di offerte in eccesso o in difetto, in quanto rappresentative di valori progressivamente fuori mercato e, quindi, inutilmente esuberanti o semplicemente carenti rispetto alle concrete esigenze pubbliche da soddisfare. Donde, l'impossibilità per il giudice amministrativo di censurare la scelta di un metodo di attribuzione dei punteggi non irrazionale, né abnorme, come, peraltro, già chiarito dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. V, 29/10/2014, n.5375), essendo non illogico, né irragionevole l'operato della stazione appaltante a fronte della riconosciuta possibilità, nell'ambito di una gara da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di privilegiare il profilo tecnico qualitativo e di non attribuire il

punteggio maggiore all'offerta che presenti l'indicazione delle misure eccedenti la richiamata media ponderata.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, invece, la Universal Service s.r.l. e l'adito T.a.r. ritengono che il criterio in esame sia illogico, poiché non favorisce eventuali offerte migliorative e rende imprevedibile l'esito della gara stessa in ragione della dipendenza del punteggio non da legittime valutazioni discrezionali della Pubblica Amministrazione fondate su predeterminati parametri, ma da un dato casuale ed a priori imponderabile come quello del valore numerico di una media da calcolare in base al numero ed all'entità delle offerte presentate.

II.1. – Il Consiglio di Stato, anzitutto, osserva che la *lex specialis* di una procedura costituisce un vincolo da cui l'Amministrazione non può sottrarsi, costituendo atto amministrativo a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (ex multis, Cons. Stato, V, 29 settembre 2015, n. 4441; III, 20 aprile 2015, n. 1993; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154). Le prescrizioni stabilite in una *lex specialis*, infatti, impegnano non soltanto i privati interessati, ma, ancora prima, la stessa Amministrazione che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, né può disapplicarle, neppure quando alcune di esse risultino inopportune o incongrue o comunque superate, fatta salva naturalmente la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1196; Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604; 13 settembre 2016, n. 3859; 28 aprile 2014, n. 2201; 30 settembre 2010, n. 7217; 22 marzo 2010, n. 1652; Ad. plen., 25 aprile 2014, n. 9).

Ma se la funzione di autovincolo della *lex specialis* limita la discrezionalità dell'Amministrazione nella valutazione delle offerte e, quindi, nella fase a valle di applicazione dei criteri di selezione prescelti, la scelta a monte dei criteri da seguire per l'individuazione del contraente a cui affidare l'appalto è, invece, discrezionale.

In tal senso, infatti, si è da tempo espressa la giurisprudenza, affermando un ormai consolidato ed univoco indirizzo secondo cui la scelta e la configurazione dei criteri di gara è rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione e, come tale, è passibile di sindacato giudiziale a fronte di una manifesta irragionevolezza, illogicità o abnormità, ovvero dell'individuazione di criteri non trasparenti od intellegibili (Cons. Stato, V, 3 ottobre 2019, n. 6625; 18 giugno 2018, n. 3737; 18 giugno 2015, n. 3105; 8 aprile 2014, n. 1668; 10 gennaio 2013, n. 88; III, 11 gennaio 2019, n. 276).

Il medesimo principio di diritto è stato ribadito dalla giurisprudenza in relazione non soltanto al criterio generale da adottare, nella scelta tra il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche in ordine alle modalità di applicazione dello stesso, essendo stato chiarito che la decisione dell'Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico e, come tale, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità soltanto allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602; III, 2 maggio 2016, n. 1661; V, 18 giugno 2015, n. 3105).

Il Consiglio di Stato ha, peraltro, precisato, con riguardo alle tecniche applicative possibili del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che la predetta discrezionalità consente all'Amministrazione financo la scelta di una modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off, in cui cioè l'assegnazione di un certo numero di punti è subordinata alla ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla stazione appaltante, non essendo espressamente previsto l'obbligo di attribuire punteggi graduati tra un minimo ed un massimo ai singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Invero il metodo di attribuzione si/no, pur ridimensionando

in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso. Ciò significa che comunque la valutazione dell'offerta ha tenuto conto della componente tecnica (Consiglio di Stato sez. V, 10/11/2021, n.7498; Cons. Stato, V, 26 marzo 2020, n. 2094).

Con riguardo al caso in esame, si discute di sub-criteri non operanti secondo la logica escludente on/off, in quanto contraddistinti da un diverso meccanismo valutativo, pur sempre, di tipo automatico ma dipendente da un determinato rapporto percentuale di prossimità con la media dei valori espressi dalle varie offerte giustificato dalla considerazione di quest'ultima quale parametro presuntivamente indicativo delle condizioni generalmente praticate sul mercato e che, quindi, costituirebbe indice sia della serietà, sia della qualità dell'offerta valutata in diretta correlazione con le specifiche esigenze della Pubblica Amministrazione da soddisfare.

II.2. – Il Consiglio di Stato ritiene che la tesi dell'appellante secondo cui il criterio in esame decreterebbe un corretto equilibrio tra qualità e quantità, premiando le offerte più ponderate rispetto a quelle sproporzionate in difetto o per eccesso, non colga nel segno.

II.2.1. – Lo scopo, infatti, delle procedure ad evidenza pubblica è garantire la selezione del miglior contraente possibile. Donde, l'esigenza di assicurare la piena competitività sul mercato in modo da premiare le imprese in grado di poter garantire la migliore proposta tecnica alle migliori condizioni economiche offerte.

Nel caso in esame, il criterio adottato dall'Amministrazione aggiudicatrice, invece, ha introdotto un sistema selettivo limitativo della concorrenza, poiché tendente a favorire le offerte più prossime al valore medio calcolato nei modi predetti ed a penalizzare le offerte che se ne discostino sia in difetto sia, soprattutto, in eccesso.

Proprio quest'ultimo profilo pone in evidenza l'illogicità del criterio in esame, non essendo razionale la penalizzazione sul piano del punteggio delle offerte contraddistinte da condizioni tecnico-economiche migliori rispetto alla media desumibile dal complesso delle offerte proposte dai partecipanti alla gara. La scelta dell'Amministrazione, infatti, è in chiaro contrasto con la logica competitiva propria tanto del mercato, quanto (di riflesso) delle procedure di gara, il cui scopo, come noto, è quello di selezionare non il contraente medio, ma il miglior contraente tra gli operatori economici interessati.

II.2.2. – Un ulteriore profilo di illogicità manifesta si rinviene, inoltre, nell'equiparazione, sul piano del punteggio, delle offerte che differiscano dalla media, così come calcolata, nella medesima misura percentuale tanto in difetto, quanto in eccesso, essendo le due situazioni a confronto tra loro diametralmente opposte al punto da meritare un trattamento diverso. L'assegnazione, infatti, di un medesimo punteggio tanto al concorrente che abbia formulato un'offerta tecnicamente superiore, quanto a chi, invece, abbia presentato un'offerta tecnicamente inferiore si traduce, in linea di massima, in una violazione del principio di uguaglianza, declinato in termini di ragionevolezza e che, nell'ambito delle procedure di gara, si identifica con il dovere di garantire la *par condicio* a tutti gli operatori economici partecipanti e nel conseguente divieto di disparità di trattamento.

II.3. – L'appellante sostiene che il criterio prescelto sarebbe legittimo poiché esplicativo sia della volontà dell'Amministrazione di un fabbisogno determinato nel *quantum*, sia della necessità di evitare proposte esorbitanti rispetto alle esigenze pubbliche da soddisfare, anche la fine di tutelare i lavoratori dal rischio di orari e condizioni di lavoro in contrasto con i loro diritti.

II.3.1. – Ma la tesi difensiva non è condivisibile, poiché il controverso valore medio presuntivamente indicativo del concreto fabbisogno da soddisfare non è predeterminato dall'Amministrazione mediante la fissazione di una soglia oggettiva costituente parametro di riferimento, essendo, invece, il risultato di

un calcolo matematico dipendente da fattori casuali (come il numero degli offerenti) ed imputabili agli operatori economici partecipanti (come i valori delle offerte da calcolare e sommare) e, quindi, non direttamente ascrivibili alla sfera decisionale della Stazione appaltante.

Il che pone in rilievo l'illogicità dei sub-criteri in esame, livellando i parametri valutativi ad un valore medio a priori imponderabile, né prevedibile, in quanto dipendente dal numero e dai valori espressi dalle offerte anche altrui, sull'assunto, del tutto indimostrato, che, così operando, si desumerebbe un indice rappresentativo delle condizioni generalmente offerte sul mercato idoneo ad escludere le proposte inadeguate per difetto o (e qui si annida l'illogicità del metodo premiale prescelto) inaffidabili per eccesso, poiché sul piano economico difficilmente sostenibili o, comunque, poiché esuberanti le rappresentate esigenze della Pubblica Amministrazione.

Ed invero, un siffatto metodo pregiudica alle imprese interessate la possibilità non soltanto di fornire le giustificazioni idonee a comprovare la serietà e sostenibilità dell'offerta (come si dirà da qui ad un momento), ma anche di adeguatamente ponderare gli elementi rilevanti ai fini della formulazione della proposta contrattuale da offrire in ragione delle concrete esigenze dell'Amministrazione, essendo queste ultime parametrare ad un valore a sua volta non predeterminato ma dipendente da un dato numerico del tutto mutevole e assolutamente imprevedibile, rappresentato dalla media aritmetica dei valori espressi dagli operatori in gara, rapportata al numero di essi e ai quantitativi offerti da ciascuno, al punto che il mutamento di uno soltanto dei predetti fattori altera il risultato numerico, decretando l'affermazione di una differente media incidente sui punteggi da assegnare.

Appare, quindi, illogico che il fabbisogno di interesse pubblico coincida con la media ponderata dipendente dalle condizioni offerte e dagli imprenditori partecipanti, essendo irrazionale la determinazione di un criterio premiale delle offerte attestato su un livello mediano, a sua volta, dipendente da fattori variabili non direttamente ascrivibili alle esigenze da soddisfare.

II.3.2. – Né a differente esito può pervenirsi sulla base del precedente indicato nel ricorso in appello (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5375/2014), poiché la fattispecie in esame è diversa rispetto a quella decisa nella pronuncia richiamata dall'appellante.

Ed invero, nella controversia costituente secondo l'appellante parametro di riferimento, si discuteva dell'affidamento di un appalto di opere (più precisamente consistenti in lavori di progettazione esecutiva e di costruzione della strada denominata Manna-Svincolo Ariano) ed, in particolare, della legittimità di una formula differente, *«in quanto il disciplinare di gara, mentre prevedeva per l'offerta economica l'attribuzione del coefficiente zero al valore a base di gara ed il coefficiente uno all'offerta con il maggior ribasso, con attribuzione del coefficiente alle offerte intermedie proporzionalmente, con il metodo della interpolazione lineare, invece per l'attribuzione del punteggio relativo al tempo d'esecuzione prevedeva l'attribuzione del punteggio massimo non all'offerta con il maggior ribasso, ma all'offerta media tra tutte quelle presentate e alle offerte superiori a detta media»* (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5375/2014, par. 11), nell'ultimo inciso del riportato passaggio della motivazione della citata sentenza rinvenendosi proprio il significativo elemento distintivo rispetto al caso in esame. Ed invero, mentre nella fattispecie richiamata le offerte contraddistinte (sul piano della tempistica di realizzazione delle opere) da un ribasso superiore alla media conseguivano il medesimo punteggio massimo previsto per l'offerta media (in ragione di una dichiarata irrilevanza dei valori espressi oltre una certa soglia), nel caso in esame le offerte tecniche qualitativamente e quantitativamente superiori alla media patiscono una penalizzazione, ottenendo un punteggio minore rispetto ad offerte inferiori per quanto più prossime alla media.

Donde, l'inidoneità della richiamata pronuncia a costituire precedente utile, in questa sede, ai fini della decisione, stante la diversità dei criteri a confronto.

II.4. – Il metodo di computo prescelto, nell'occasione, dall'Amministrazione per l'attribuzione dei punteggi in questione non appare condivisibile, inoltre, per le modalità seguite, poiché si confondono due criteri di valutazione

distinti da tenersi necessariamente separati, in quanto operanti su piani differenti ed ossia, da un lato, quello della competitività dell'offerta e, dall'altra, quello della serietà dell'offerta.

In relazione al primo aspetto, il profilo premiale deve, infatti, rispondere alla logica del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito dall'ente aggiudicatore sul piano tecnico ed economico, mentre con riguardo al secondo aspetto occorre procedere ad una valutazione differente che può anche giustificare il ricorso al subprocedimento del giudizio di anomalia, posto che un'offerta particolarmente distante dalla media non può automaticamente essere ritenuta, di per sé, incongrua o antieconomica per l'offerente, potendo essere giustificata da particolari tecnici caratterizzanti l'organizzazione di quella determinata impresa tali da rendere la proposta contrattuale ad un tempo economicamente sostenibile e più competitiva di altre.

Ed invero, la precipua caratteristica delle attività imprenditoriali si rinviene proprio nella capacità dell'organizzazione economica aziendale di ricavare utili dalla vendita di beni o dall'offerta di servizi in quanto particolarmente competitivi sul mercato. Il profilo, dunque, dell'organizzazione economica dell'impresa costituisce un aspetto rilevante tanto nei rapporti con i consumatori, quanto negli appalti pubblici, poiché con l'aggiudicazione la Pubblica Amministrazione accetta non soltanto le condizioni di esecuzione contrattuale proposte dell'imprenditore aggiudicatario ma anche la sua struttura imprenditoriale, confidando, all'esito dei dovuti controlli, sulla rappresentata capacità di esercitare professionalmente la dichiarata attività economica organizzata al punto da potere sostenere e garantire l'adempimento delle condizioni contrattuali predisposte dalla Stazione appaltante e la corretta e completa esecuzione delle prestazioni contrattuali offerte.

Donde, la logica conclusione secondo cui quanto offerto da una certa impresa potrebbe non essere sostenibile per altre, in ragione, appunto, della differente

organizzazione economica che contraddistingue la rispettiva attività imprenditoriale esercitata.

II.4.1. – Il criterio della media ponderata così come concepito ed applicato dall'Amministrazione è, quindi, irrazionale ed illogico, pregiudicando, sul piano del punteggio, offerte potenzialmente idonee ad assicurare un migliore soddisfacimento delle esigenze pubbliche perseguite.

II.4.2. – Né, peraltro, può ritenersi pregiudizievole un criterio differente da quello della media adottato nella circostanza, poiché sarebbe sempre in facoltà dell'Ente aggiudicatore disporre l'esclusione dalla gara dell'impresa che non fornisca giustificazioni idonee a garantire la congruità della propria offerta.

II.4.3. – I due profili di valutazione in considerazione, ed esattamente quello della competitività e quello della serietà dell'offerta, devono essere, dunque, tenuti distinti, poiché l'eventuale commistione penalizzerebbe offerte particolarmente vantaggiose per l'ente aggiudicatore e per l'interesse pubblico dal medesimo perseguito ed, inoltre, sarebbe anche in contrasto con i principi del giusto procedimento e del contraddittorio procedimentale, poiché, determinando una soglia di non preferenza per le offerte superiori alla media, precluderebbe le concrete possibilità di aggiudicazione dell'appalto alle imprese che abbiano offerto più degli altri sul piano tecnico, pregiudicando così anche l'eventuale facoltà di giustificare la propria offerta in un eventuale e successivo giudizio di anomalia che si eluderebbe a monte in ragione di un punteggio penalizzante decretato da una predefinita formula matematica dipendente da fattori variabili.

Come noto, infatti, la soglia di anomalia costituisce una presunzione *iuris tantum*, ossia relativa, di non congruità dell'offerta che può essere superata mediante la c.d. prova contraria, vale a dire tramite le idonee giustificazioni del caso. Diversamente, il sistema premiale della media, così come congegnato nell'occasione, decreta una presunzione *iuris et de iure*, ossia assoluta, di non meritevolezza delle offerte in eccesso che non consente alcuna fase di confronto tra l'ente aggiudicatore e l'impresa offerente.

Il che, peraltro, è anche contrario al criterio generale prescelto poiché l'offerta economicamente più vantaggiosa presuppone una valutazione combinata dei profili tecnici con quelli economici in cui i primi assumono una rilevanza significativa, se non maggioritaria, al punto da dover essere adeguatamente ponderati nella loro specificità anche in relazione, come detto, alle peculiarità organizzative dell'impresa offerente. I profili tecnici, infatti, manifestano i loro riflessi, in linea di principio, sugli aspetti economici della proposta dell'impresa concorrente, potendo, quindi, assumere rilevanza anche nell'ambito di un sub-procedimento di accertamento dell'anomalia dell'offerta.

Può, dunque, affermarsi che un "eccesso" di offerta tecnica può essere ritenuto, in sede di gara, irrilevante ma non di certo penalizzante, al punto da giustificare l'attribuzione di un punteggio minore rispetto al massimo previsto ed assegnato in relazione ad offerte qualitativamente e/o quantitativamente inferiori.

Sono, quindi, illogici i sub-criteri previsti dall'art.12 del capitolato speciale ai punti P.1.a., P.1.b. e P.2.c.1., nella parte in cui assegnano punteggi inferiori alle offerte contraddistinte da profili tecnici superiori rispetto alla media calcolata in base alle altre offerte.

II.5. – Non coglie nel segno neanche il richiamo all'art.95 co. 14 *bis* D.Lgs. n.50/2016 secondo cui, in caso di appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *"le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta"*, poiché, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, trattasi di una disposizione normativa esclusivamente applicabile agli appalti di lavori.

Secondo quanto, infatti, chiarito dal Consiglio di Stato (Sez. V, 17 dicembre 2019 n. 8534), deve escludersi che per il servizio in contestazione possa applicarsi il divieto previsto dall'art. 95, comma 14-bis, del codice dei contratti pubblici di attribuire punti *"per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto*

nel progetto esecutivo a base d'asta", poiché esso è applicabile sulla base del suo tenore letterale ai soli contratti di appalto pubblico di lavori. Né la medesima disposizione è estensibile agli appalti pubblici di servizi in ragione della sua *ratio*, consistente nell'evitare che il progetto di opera predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice sia posto nel nulla da offerte che abbiano ad oggetto lavori ulteriori, non essendone consentita l'estensione agli appalti pubblici di servizi. I lavori si contraddistinguono, infatti, per la determinazione dell'opera (come definita dall'art. 3, comma 1, lett. pp), del codice dei contratti pubblici, secondo cui "*il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica*"), da realizzare sulla base del progetto predisposto dall'Amministrazione aggiudicatrice, mentre i servizi consistono in prestazioni di fare che possono avere contenuto svariato e in cui il carattere accessorio ed aggiuntivo di alcune di esse, secondo valutazioni di carattere ampiamente discrezionale, contribuiscono comunque a soddisfare gli interessi dell'Amministrazione insieme alle prestazioni di carattere principale.

La doglianza, pertanto, è destituita di fondamento.

II.6. – Non colgono nel segno neanche le censure espressamente formulate dall'appellante in relazione all'offerta della controinteressata appellata, poiché l'annullamento della clausola della *lex specialis* contemplante i contestati criteri di assegnazione dei punteggi implica l'obbligo, a titolo di effetto conformativo, di rinnovare la procedura stessa in quanto supportata dal vantato interesse strumentale alla partecipazione alla futura gara (Cons. St., Sez. III, 22.10.2018, n. 6035). Pertanto, non essendo necessario il superamento di alcuna prova di resistenza, non controvertendosi sull'eventuale aggiudicazione dell'appalto in questione all'appellata, le predette censure non sono rilevanti ai fini del decidere.

II.7. – Per le medesime ragioni non colgono nel segno neanche le censure espresse nella memoria conclusionale depositata il 21 ottobre 2022 in relazione alla scarsa incidenza dei sub-criteri contestati sull'esito finale della

procedura, poiché, secondo quanto già chiarito in diverse pronunce, allorché le censure proposte siano dirette ad ottenere la riedizione della procedura, sulla base di modalità conformi a legge, e non il conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza (Consiglio di Stato, Sez. III, 1 giugno 2018 n. 3301; Cons. Stato, sez. III, 16.4.2018 n. 2258; Cons. Stato, sez. III, 2.3.2018, n. 1312 e 5 marzo 2018, n. 1335; Cons. Stato, sez. VI, 1.4.2016, n. 1288).

II.8. – Il primo motivo di appello, pertanto, è infondato, come, del pari, deve ritenersi anche il secondo con cui si lamenta la correttezza dell'effetto conformativo enunciato dal giudice di primo grado nella sentenza appellata.

III. – Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2020 n. 2522; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5254/2021).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Consiglio di Stato ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

IV. – La peculiare complessità delle questioni di diritto dedotte giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese processuali del grado di appello compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

L'ESTENSORE

Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO