

Pubblicato il 14/10/2020

N. 06221/2020REG.PROV.COLL.
N. 02672/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2672 del 2020, proposto da DAC Distribuzione Alimentari Convivenze s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna n. 32;

contro

Marr s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Boldrini, Mario Piselli e Marco Boldrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mario Piselli in Roma, via Cipro n. 47;

Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Mantova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Migliaccio e Annalisa Pulica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Migliaccio in Roma, via Cosseria n. 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), n. 133/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Marr s.p.a. e dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Mantova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2020 il Cons. Ezio Fedullo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza appellata, il T.A.R. Lombardia ha accolto il ricorso proposto da Marr s.p.a. avverso la deliberazione n. 1035 del 19 settembre 2019 del Direttore Generale della ASST Mantova, recante l'aggiudicazione in favore di DAC s.p.a., all'esito della relativa procedura aperta, della fornitura di derrate alimentari occorrenti alle ASST di Mantova (Capofila), Brescia, Crema, del Garda, Lariana, Lodi e Santi Paolo e Carlo (Mandanti) per un periodo di 48 mesi, con opzione per un rinnovo quadriennale, a decorrere dal 1° novembre 2019 e per un importo a base d'asta di € 22.000.000,00, mentre ha respinto il ricorso incidentale presentato da DAC Distribuzione Alimentari Convivenza s.p.a..

Come evidenziato dal giudice di primo grado, l'appalto è stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità (punti 70) e prezzo (punti 30), ai sensi degli artt. 60 e 95 d.lvo n. 50 del 18 aprile 2016.

In dettaglio, la *lex specialis* indicava 14 criteri di valutazione, di cui 9 tabellari (ai fini dell'assegnazione di punteggi fissi e predefiniti in ragione dell'offerta o meno dell'elemento specificamente richiesto) e 5 discrezionali.

Per i 5 criteri qualitativi da valutarsi con un punteggio discrezionale, i commissari avrebbero dovuto attribuire un coefficiente compreso tra 0 e 1, poi trasformato nella media degli stessi, riportando ad uno la media più alta e proporzionando a tale media massima le medie provvisorie prima calcolate.

Il punto 17.2 del disciplinare prescriveva, infine, l'obbligo di riparametrazione per far sì che, all'esito delle operazioni di valutazione, il punteggio maggiore ottenesse i complessivi 70 punti a disposizione.

All'esito delle operazioni valutative concernenti le offerte tecniche, i punteggi per l'offerta tecnica venivano così attribuiti: Rossi Giants s.r.l. p. 70, Marr s.p.a. 64, 31, DAC s.p.a. p. 62,53, Ricci s.r.l. p. 59,91.

Conseguentemente, tenuto conto del punteggio relativo all'offerta economica, la graduatoria provvisoria vedeva al primo posto Rossi Giants s.r.l. con 96,15 punti, seguita da DAC con 92,53, Marr con 91,56 e Ricci con 87,63.

Poiché, però, a seguito delle verifiche circa la conformità dell'offerta economica, la stazione appaltante rilevava che, quanto alle forniture riservate alle ASST di Brescia, Crema e del Garda, Rossi Giants aveva offerto importi superiori alla base d'asta relativa alle singole aziende, così come Ricci s.r.l. con riferimento alle ASST di Crema e del Garda, ne seguiva l'estromissione dalla gara di dette concorrenti, ai sensi dell'art. 5 del disciplinare di gara, e la formulazione di una nuova graduatoria definitiva, che vedeva collocarsi al primo posto DAC s.p.a. con punti 92,53, seguita da Marr s.p.a. con 91,56, confermando in tal guisa i punteggi attribuiti nella graduatoria provvisoria, di cui la stazione appaltante effettuava quindi il mero scorrimento.

Il T.A.R., dopo aver sancito l'ordine di esame dei ricorsi – principale ed incidentale – nel senso di anteporre il primo al secondo, ha ritenuto di accogliere la doglianza di Marr s.p.a., ricorrente principale, intesa a contestare la violazione della legge di gara perpetrata dalla stazione appaltante, laddove aveva omesso di procedere alla riparametrazione delle offerte rimaste in gara dopo l'esclusione delle altre due concorrenti, sia con riferimento al punteggio conclusivo conseguito dalle due ditte, sia con riguardo ai punteggi parziali

relativi agli aspetti dell'offerta tecnica per i quali il disciplinare stabiliva l'assegnazione di punteggi discrezionali, limitandosi a procedere allo scorrimento della graduatoria precedentemente formulata.

A tal fine, il T.A.R. ha preliminarmente richiamato le pertinenti disposizioni della *lex specialis*, con particolare riguardo al punto 17 del disciplinare di gara, laddove stabiliva che il “punteggio relativo alle offerte è così suddiviso: ...A ciascuno degli criteri qualitativi cui è assegnato un punteggio discrezionale nella colonna “D” della tabella di cui al punto 17.1 che precede, è attribuito un coefficiente tra 0 e 1 dalla Commissione Giudicatrice, effettuando una media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari. Terminata l'attribuzione dei coefficienti, si calcola la media aritmetica dei coefficienti attribuiti dai singoli Commissari...Si procede quindi a trasformare la media dei coefficienti attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i Commissari in coefficienti definitivi riportando ad 1 (uno) la media più alta e proporzionando a tale media massima le medie provvisorie prima calcolate (normalizzazione dei coefficienti a livello di singolo elemento di giudizio) tramite il seguente rapporto: $\text{media } x / \text{media max}$ dove $\text{media } x$ sta per coefficiente riportato dal Concorrente x e media max è il massimo coefficiente riportato per l'elemento di valutazione considerato tra i vari Concorrenti”.

Segue, nella sentenza appellata, l'ulteriore precisazione secondo cui “nel caso in cui, in esito alle suddette operazioni, nessuna offerta, successivamente alla verifica del raggiungimento della soglia di punteggio di cui sopra, ottenga i complessivi 70 punti a disposizione, si provvederà a rapportare i punteggi così definiti al massimo del punteggio tecnico assegnabile, secondo la seguente formula: $\text{punteggio considerato} / \text{punteggio maggiore} * 70$ ”.

Il T.A.R. ha quindi espresso l'avviso che “quest'ultima disposizione non può ad avviso del Collegio che essere riferita sia al punteggio complessivo che a quello parziale”: ciò sia per “una ragione lessicale, ossia il riferimento “alle suddette operazioni”, espressione che non pare includere solo l'ultimo

passaggio necessario per la formulazione della graduatoria finale, ma anche tutte quelle che la precedono”, sia perché, a seguito dell’esclusione delle concorrenti Rossi Giants s.r.l. e Ricci s.r.l., “l’Amministrazione ha inteso riportare i punteggi così ottenuti dalle due ditte rimaste in gara nel punteggio finale mediante una semplice sommatoria aritmetica omettendo, sia la riparametrazione del punteggio complessivo (operazione indiscutibilmente imposta dal disciplinare) che quella dei punteggi parziali. Appare evidente che, così operando, si è prodotto un effetto distorsivo nell’assegnazione dei punteggi: tutte le relative operazioni avrebbero dovuto, per contro, essere riformulate considerando *tamquam non essent* le offerte delle imprese escluse. Solo in questo modo sarebbe stata garantita l’effettività del confronto concorrenziale postulato dalla norma del disciplinare in discorso, elidendo gli effetti, nell’attribuzione dei punteggi, del computo delle offerte dei concorrenti estromessi dalla procedura. Infatti, aderendo alla tesi (di) controparte si verrebbe a creare la paradossale situazione per la quale si dovrebbe eseguire la terza fase di riparametrazione (ammesso che di questo si tratti) utilizzando un punteggio tecnico determinato senza assegnare né a MARR, né a DAC, per ben 4 dei 5 punteggi discrezionali, il punteggio massimo disponibile che resterebbe così assegnato a Rossi Giants s.r.l., concorrente, come si è detto, escluso dalla gara. Applicando le considerazioni espresse ai punteggi conseguiti, Marr risulterebbe aggiudicataria con punti 97,25 (di cui 70 per l’offerta tecnica e 27,25 per quella economica) seguita da DAC con punti 96,70 (di cui 66,70 per l’offerta tecnica e 30 per quella economica). Discende da quanto esposto che il ricorso principale va accolto per l’effetto annullando l’aggiudicazione disposta in favore della controinteressata DAC s.p.a.”.

Quanto al ricorso incidentale di DAC s.p.a., il giudice di primo grado ha in primo luogo escluso la fondatezza del motivo inteso a contestare l’interpretazione del disciplinare di gara nel senso di consentire alla commissione giudicatrice una riparametrazione delle offerte tecniche a

seguito dell'esclusione dalla gara di uno dei partecipanti, non solo con riferimento al punteggio globale pur dopo l'estromissione delle due concorrenti in precedenza menzionate, ma anche per quanto attiene ai punteggi parziali attribuiti per ciascun parametro qualitativo discrezionale.

A tal fine il T.A.R., oltre a richiamare le considerazioni innanzi formulate, ha evidenziato che, essendo lo scopo della riparametrazione quello di omogeneizzare il punteggio dell'offerta tecnica a quello dell'offerta economica, per mantenere invariati i rispettivi pesi proporzionali, secondo un apprezzamento della stazione appaltante che trova espressione nelle regole di gara, ha rilevato che “tale effetto correttivo non potrebbe prodursi ove la riparametrazione fosse limitata al solo punteggio complessivo dell'offerta tecnica, mentre la stessa operazione era stata compiuta dalla commissione prima dell'estromissione di due delle concorrenti ammesse alla gara”.

Quanto al motivo del ricorso incidentale inteso a lamentare che, in violazione dell'art. 17.1. punto 6, del disciplinare di gara, la commissione aveva assegnato alla controinteressata, relativamente al criterio di valutazione PT6 “Iniziativa volte a migliorare la qualità delle materie prime di uso quotidiano – fornitura di olio extravergine di oliva. Fornitura di olio extravergine di oliva e/o certificato biologico e/o proveniente interamente da olive italiane oltre alle caratteristiche previste come obbligatorie dal capitolato a garanzia”, il punteggio ingiustificatamente basso di 0,1 (ossia “inadeguato”) che, moltiplicato per 4, ovvero per il massimo punteggio discrezionale conseguibile per il criterio in questione, aveva portato al risultato di 0,4, laddove l'offerta presentata aveva per oggetto olio extravergine di oliva e/o certificato biologico così come previsto dal disciplinare di gara, il T.A.R. ha rilevato che, da un lato, la censura impingeva inammissibilmente nei profili di merito della valutazione discrezionale operata dalla commissione di gara, dall'altro lato, che “il punteggio assegnato all'offerta di olio d'oliva presentata da DAC trova giustificazione nell'assenza della scheda tecnica del prodotto che, seppure non imposta dal disciplinare, avrebbe consentito alla

commissione di formulare un giudizio più approfondito ed eventualmente più favorevole all'interessata. Pare sufficiente in proposito confrontare le schede degli altri concorrenti con quella prodotta da DAC che si limita a precisare che il prodotto offerto è "olio extravergine di oliva certificato biologico e proveniente interamente da olive italiane" senza ulteriori specificazioni, tantomeno l'indicazione del produttore".

Come accennato, la sentenza viene contestata, nei suoi postulati decisorii, dalla appellante DAC s.p.a., con il sostegno della stazione appaltante (con riferimento al primo motivo di appello), mentre si oppone *in toto* all'accoglimento dell'appello l'originaria ricorrente.

Tanto premesso, deve preliminarmente ribadirsi che, ai sensi della *lex specialis*, l'assegnazione del punteggio relativo all'offerta tecnica, con particolare riguardo ai 5 criteri discrezionali di valutazione, avrebbe dovuto svilupparsi secondo la seguente scansione:

- assegnazione dei coefficienti relativi ai singoli elementi di valutazione, compresi entro un *range* da 0,1 ad 1, ad opera di ciascun componente della commissione di gara;
- elaborazione, per ciascuna offerta, della media aritmetica dei coefficienti in tal modo determinati, con riferimento a ciascun elemento di valutazione;
- assegnazione all'offerta che avesse meritato la media migliore, per ciascun elemento di valutazione, del punteggio massimo previsto per quell'elemento, ed assegnazione proporzionalmente inferiore del medesimo punteggio alle offerte degli altri concorrenti;
- sommatoria, per ciascuna offerta, del punteggio scaturito dalla suindicata operazione di riparametrazione, relativa al punteggio discrezionale, al punteggio attribuito con riferimento ai punteggi "tabellari" (attribuiti, cioè, automaticamente e per intero alle offerte che presentassero l'elemento richiesto);
- riparametrazione del punteggio tecnico complessivo, ottenuta attribuendo all'offerta che avesse totalizzato il punteggio tecnico più elevato il punteggio

tecnico massimo (70) ed alle altre offerte un punteggio proporzionalmente inferiore.

Ebbene, sostiene la parte appellante che, per effetto dell'esclusione delle due concorrenti che avevano formulato offerte (relativamente alle forniture a favore di alcune Aziende) in aumento, in violazione del corrispondente divieto della *lex specialis*, la stazione appaltante non avrebbe dovuto provvedere, come invece ritenuto dalla originaria ricorrente e condiviso dal T.A.R., alla rinnovazione della prima riparametrazione (quella cioè concernente i punteggi "parziali", relativi a ciascun elemento di valutazione), ma solo, eventualmente, quella concernente la seconda parametrizzazione (relativa, cioè, al punteggio tecnico complessivo), evidenziando che, ove così avesse (correttamente) operato, la graduatoria non avrebbe subito variazioni suscettibili di ridondare a vantaggio della originaria ricorrente.

A fondamento della sua tesi, la parte appellante invoca essenzialmente il principio di cd. irrilevanza delle sopravvenienze, sancito dall'art. 95, comma 15, d.lvo n. 50/2016, a mente del quale "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Il motivo, incentrato sulla citata disposizione di legge, non può essere accolto.

Il Collegio è consapevole che l'esatta portata della normativa in esame ha formato oggetto di letture interpretative non univoche, in considerazione della scarsa chiarezza del testo legislativo.

Lo scopo della norma è quello di garantire la più rapida definizione dei parametri numerici necessari per consentire l'ordinato sviluppo della procedura di gara, con particolare riguardo al segmento relativo alla esclusione delle offerte anomale.

In tale contesto, tuttavia, occorre stabilire:

- a) quale sia l'ambito oggettivo di irrilevanza delle variazioni sopravvenute, tenuto conto che la norma si riferisce alle nozioni di "calcolo di medie nella procedura e di individuazione della soglia di anomalia delle offerte";
- b) quale sia il momento conclusivo della *fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*, idoneo a determinare la cristallizzazione delle medie e la determinazione della soglia di anomalia.

Con riguardo al primo profilo, deve osservarsi che, secondo il chiaro disposto normativo, la variazione "tardiva" "non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura".

Nella specie, tuttavia, la "prima" riparametrazione (più correttamente qualificabile come "normalizzazione", concernendo i punteggi "parziali", relativi cioè ai singoli elementi di valutazione), che secondo la sentenza appellata la stazione appaltante avrebbe dovuto rinnovare dopo l'esclusione delle due imprese suindicate insieme alla riparametrazione del punteggio tecnico complessivo, non immuta le medie dei coefficienti attribuiti, per ciascuna offerta e con riferimento a ciascun elemento di valutazione, dai commissari di gara, incidendo solo sulla successiva fase di "normalizzazione", secondo l'espressione utilizzata dalla *lex specialis*, di cui le medie dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari costituiscono l'oggetto, e non il risultato.

La conclusione esposta, deve aggiungersi, trova conforto anche in un'ottica interpretativa di carattere teleologico: se infatti, come rilevato anche dalla parte appellante sulla scorta dell'analisi giurisprudenziale, la regola della irrilevanza delle sopravvenienze "obbedisce alla duplice e concorrente finalità:

- a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento; b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria", non vi è dubbio che siffatta *ratio* non ricorre, almeno con riguardo al suo secondo profilo, nella fattispecie in esame,

se solo si considera che l'esclusione delle offerte economiche in rialzo non è derivata da alcuna iniziativa "speculativa" o "strumentale" di chicchessia.

Ad ulteriore conforto della conclusione raggiunta dal T.A.R., peraltro, deve osservarsi che, come evidenziato dalla stazione appaltante, il punteggio massimo per ciascun elemento di valutazione discrezionale non è derivato dalla suddescritta operazione di "normalizzazione", ma dalle discrezionali valutazioni della commissione di gara, che lo ha riconosciuto alle offerte più meritevoli in relazione a ciascuno di essi (tra le quali proprio quelle dei concorrenti esclusi): ciò ad ulteriore dimostrazione del fatto che, in concreto, non è stata posta in essere, nella versione della gara *ante* annullamento giurisdizionale, alcuna "normalizzazione" dei coefficienti tecnici, da considerarsi sottratta, ai sensi dell'art. 95, comma 15, d.lvo n. 50/2016 e sempre che si ritenga assimilabile alle "medie", agli effetti rinnovatori derivanti dall'esclusione delle due imprese suindicate.

Insuscettibile di inficiare la complessiva tenuta motivazionale della sentenza appellata è poi la critica rivolta dalla parte appellante al ragionamento condotto dal giudice di primo grado, laddove ha inteso ricavare l'esigenza di una nuova riparametrazione concernente anche i punteggi "parziali" dalla previsione della *lex specialis* secondo cui "nel caso in cui, in esito alle suddette operazioni, nessuna offerta, successivamente alla verifica del raggiungimento della soglia di punteggio di cui sopra, ottenga i complessivi 70 punti a disposizione, si provvederà a rapportare i punteggi così definiti al massimo del punteggio tecnico assegnabile, secondo la seguente formula: $\text{punteggio considerato} / \text{punteggio maggiore} * 70$ ".

Basti osservare che la conclusione raggiunta dal T.A.R. si fonda, con uguale, se non maggiore persuasività (come evidenziato dallo stesso giudice di primo grado, che fa precedere il rilievo dall'inciso "ancora più convincente si palesa la seconda argomentazione"), sul rilievo secondo cui l'estromissione delle imprese Rossi Giants s.r.l e Ricci s.r.l. è avvenuta "solo dopo che le relative offerte tecniche erano state esaminate e valutate dalla commissione con

l'assegnazione per ciascun criterio qualitativo discrezionale del relativo punteggio. Ebbene l'amministrazione ha inteso riportare i punteggi così ottenuti dalle due ditte rimaste in gara nel punteggio finale mediante una semplice sommatoria aritmetica omettendo, sia la riparametrazione del punteggio complessivo (operazione indiscutibilmente imposta dal disciplinare) che quella dei punteggi parziali. Appare evidente che, così operando, si è prodotto un effetto distorsivo nell'assegnazione dei punteggi: tutte le relative operazioni avrebbero dovuto, per contro, essere riformulate considerando *tamquam non essent* le offerte delle imprese escluse. Solo in questo modo sarebbe stata garantita l'effettività del confronto concorrenziale postulato dalla norma del disciplinare in discorso, elidendo gli effetti, nell'attribuzione dei punteggi, del computo delle offerte dei concorrenti estromessi dalla procedura. Infatti, aderendo alla tesi controparte si verrebbe a creare la paradossale situazione per la quale si dovrebbe eseguire la terza fase di riparametrazione (ammesso di questo si tratti) utilizzando un punteggio tecnico determinato senza assegnare né a MARR, né a DAC, per ben 4 dei 5 punteggi discrezionali, il punteggio massimo disponibile che resterebbe così assegnato a Rossi Giants S.r.l., concorrente, come si è detto, escluso dalla gara”.

Deve solo aggiungersi che a tale analitica valutazione la parte appellante contrappone la sola invocazione del già menzionato principio di cd. irrilevanza delle sopravvenienze, sulla cui (non) pertinenza alla fattispecie in esame si ritiene di aver già esaustivamente argomentato.

Né potrebbe sostenersi, come fa la parte appellante, che il giudice di primo grado avrebbe applicato la riparametrazione al di fuori dei limiti in cui era prevista dalla *lex specialis*, atteso che questa la prevedeva anche con riguardo ai punteggi “parziali (sebbene denominando la relativa operazione come “normalizzazione dei coefficienti a livello di singolo elemento di giudizio”).

Inammissibile, invece, è la deduzione, contenuta nell'atto di appello, secondo cui “nel caso in cui uno (o più) dei criteri di valutazione delle offerte tecniche

fossero da intendere in un'ottica di comparazione tra le singole proposte in gara (nel senso che ciascuna offerta verrebbe valutata non di per sé, ma in base a un raffronto con le altre), l'accoglimento – comunque erroneo e ingiusto – del ricorso principale di MARR avrebbe l'effetto di travolgere automaticamente l'intera procedura”: essa si fonda infatti su una ipotesi (“nel caso che...”), a sostegno della quale non viene addotto alcun elemento giustificativo.

Le considerazioni che precedono sono risolutive della questione interpretativa sottoposta all'attenzione del giudicante: nondimeno, per ragioni di completezza, verrà brevemente esaminato anche il secondo profilo, essenzialmente al fine di evidenziare le diverse opzioni proponibili, anche alla luce dell'esegesi giurisprudenziale fin qui maturata.

Con riguardo ad esso, la variazione che, ad avviso della parte appellante, non potrebbe incidere sulla platea dei concorrenti (e quindi sulle offerte tecniche da considerare ai fini della esecuzione della duplice serie di operazioni di riparametrazione contemplata dal disciplinare di gara) è riconducibile alla “fase di esclusione delle offerte” che, secondo la citata disposizione, si colloca al di qua del limite procedimentale superato il quale opera il richiamato principio di cd. irrilevanza delle sopravvenienze.

In questa prospettiva, la “fase di ammissione ed esclusione delle offerte” si concluderebbe certamente prima della loro valutazione, con la conseguente formulazione dei punteggi relativi alle componenti tecnica ed economica e la redazione di una graduatoria provvisoria, consacrata nella proposta di aggiudicazione: essa, più in particolare, troverebbe il suo *dies ad quem* nel provvedimento che, ai sensi dell'art. 29 del codice, determina le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti in esito all'esame dei requisiti soggettivi di partecipazione.

Non assumerebbero rilevanza, invece, determinazioni successive adottate in autotutela dalla stazione appaltante o esclusioni originate da ragioni diverse dalla carenza dei requisiti soggettivi, e ciò anche qualora non sia intervenuta,

quale evento “cristallizzante”, l’aggiudicazione definitiva o finanche la mera proposta di aggiudicazione (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 725 del 2 febbraio 2018, che richiama Consiglio di Stato, Sez. V, n. 847 del 23 febbraio 2017).

Nel caso di specie, quindi, la cristallizzazione dei partecipanti si sarebbe senz’altro realizzata, poiché l’esclusione dei due partecipanti è intervenuta sicuramente ben oltre la conclusione della fase di ammissione.

Secondo il diverso orientamento cui aderisce l’impresa appellata (cfr., di recente, T.A.R. Lazio, Latina, n. 269 del 13 luglio 2020), invece, non rileverebbe che l’esclusione si sia collocata temporalmente dopo la valutazione delle offerte tecniche ed economiche: a venire in rilievo, ai fini della operatività della predetta disposizione, non sarebbe infatti il “quando” della variazione, ma la sua derivazione causale dall’esclusione di un’offerta.

In tale cornice interpretativa, non sarebbe persuasivo il ragionamento condotto, a sostegno della parte appellante, dall’Amministrazione, secondo cui l’esclusione delle imprese suindicate è sopraggiunta quando la fase di valutazione delle offerte tecniche si era definitivamente conclusa: esso si incentra infatti su una segmentazione del procedimento di gara che ne oblitera la sostanziale unitarietà (salve espresse disposizioni intese ad attribuire rilievo, per determinati fini, alle singole fasi di cui si compone).

Peraltro, troverebbe spiegazione, in tale ottica interpretativa, il distinto riferimento operato dalla disposizione in esame alla fase di ammissione ed a quella di esclusione, che risulterebbe altrimenti ridondante (essendo l’esclusione il contraltare dell’ammissione, e viceversa, ed appartenendo quindi alla medesima “fase”): esso, invero, tiene conto del fatto che l’esclusione di una offerta può essere disposta successivamente alla fase di ammissione dei concorrenti, a conclusione di un segmento procedimentale autonomo e distinto rispetto a questa, come nella specie avvenuto a seguito del riscontro della presentazione di offerte economiche in rialzo in violazione della *lex specialis*.

Del resto, a ragionare diversamente, si creerebbe una categoria di vizi delle offerte che, pur determinandone l'esclusione (e quindi pur essendo indicative di una carenza originaria ed insanabile delle stesse), resterebbero privi di effetti sulla formazione della graduatoria (dei concorrenti non esclusi) e sulla individuazione dell'aggiudicatario, in dipendenza di circostanze del tutto contingenti, come ad esempio l'inerenza del vizio alle offerte economiche, che ne differirebbe necessariamente la rilevazione alla fase successiva a quella di ammissione dei concorrenti, incentrata sulla verifica del possesso dei relativi requisiti soggettivi: ciò non senza evidenziare che la norma *de qua* non opera alcuna distinzione a seconda che l'esclusione dipenda dalla carenza dei requisiti di partecipazione o da altre patologie, non meno gravi, delle offerte. E' evidente che, aderendo a siffatta opzione interpretativa, non assumerebbe rilievo dirimente il fatto, sottolineato dalla parte appellante, che l'esclusione delle imprese Rossi Giants s.r.l. e Ricci s.r.l., disposta con deliberazione n. 1035 del 19 settembre 2019, si sia collocata a valle della proposta di aggiudicazione, perfezionata in data 27 agosto 2019, dovendo conferirsi rilievo preminente, ai fini della verifica concernente la sussistenza dei presupposti applicativi del principio di cd. irrilevanza delle sopravvenienze, alla inerenza della variazione alla fase di esclusione, intesa in senso ampio, come nella specie, per quanto detto, si sarebbe verificato.

Deve solo aggiungersi, a chiusura della operata ricognizione degli orientamenti profilatisi in materia e pur ribadendo le assorbenti ragioni, dianzi illustrate, per le quali non si ritiene applicabile alla fattispecie in esame il principio di cd. irrilevanza delle sopravvenienze, che a tale seconda (e più restrittiva, quanto ai limiti applicativi della disposizione) prospettiva ha aderito recentemente anche questa Sezione (cfr. sentenza n. 1117 del 12 febbraio 2020), laddove ha statuito (con riferimento ad una ipotesi in cui la "variazione" derivava dall'iniziativa impugnatoria di un concorrente) che "la stessa norma non può invece essere intesa nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), e dunque

di precludere le impugnazioni non mosse dal sopra descritto intento emulativo, ma a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide”.

Quanto alle censure concernenti la statuizione reiettiva del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla controinteressata, è in primo luogo infondata, sulla scorta dei rilievi che precedono, quella intesa a lamentare l'illegittimità del disciplinare di gara, ove inteso nel senso auspicato dalla originaria ricorrente: come chiarito, il principio di diritto sancito dalla sentenza appellata (e la sottesa interpretazione della *lex specialis*) è affatto incompatibile col principio di cd. irrilevanza delle sopravvenienze, sul quale fa leva la parte appellante.

Né la prospettiva di parte appellante può essere condivisa laddove sostiene che, seguendo il ragionamento fatto proprio dalla sentenza appellata, dovrebbe “ammetersi una potenziale ripetizione all'infinito delle operazioni di riparametrazione via via che dovessero sopraggiungere ulteriori esclusioni (...) infatti, l'effetto delle esclusioni sopravvenute si andrebbe a ripercuotere sul calcolo delle medie della procedura...”.

Invero, se da un lato la conseguenza temuta – il ricalcolo delle medie – non è conferente, essendosi evidenziato che, nella fattispecie in esame, le medie non sono state alterate per effetto dell'esclusione delle imprese Rossi Giants s.r.l. e Ricci s.r.l., dall'altro lato, il rischio di una “ripetizione all'infinito delle operazioni di riparametrazione” è altrettanto estraneo alla vicenda oggetto di giudizio e non può condizionare la corretta applicazione alla stessa dei pertinenti principi di diritto.

Per quanto concerne invece il motivo di appello inteso a lamentare l'illogicità e carenza motivazionale inficiante il punteggio attribuito dalla commissione all'offerta tecnica della parte appellante, con riferimento all'elemento di valutazione (discrezionale) PT6, relativo a “fornitura di olio extravergine di oliva e/o certificato BIOLOGICO e/o proveniente interamente da olive italiane oltre alle caratteristiche previste come obbligatorie dal capitolato a

garanzia”, sostiene in primo luogo la parte appellante che essa ha offerto un “olio extravergine di oliva certificato biologico e proveniente interamente da olive italiane”, con l’ulteriore precisazione che il prodotto offerto rispetta “tutti i requisiti previsti dall’Allegato B ‘Caratteristiche merceologiche dei prodotti alimentari’.

Essa lamenta quindi l’irragionevolezza del punteggio (0,1 – “inadeguato” - quale coefficiente medio e 0,4 quale punteggio finale) attribuito dalla commissione di gara alla sua offerta con riferimento al suindicato elemento di valutazione, a fronte di quello cinque volte maggiore riconosciuto a Marr s.r.l. e di quello dieci volte maggiore assegnato alla ditta Rossi Giants s.r.l., sulla scorta del fatto che questa aveva allegato la scheda tecnica, la quale attestava il livello di acidità dell’olio offerto (cfr. verbale della seduta riservata del 21 marzo 2019): deduce al riguardo la parte appellante che il disciplinare di gara non richiedeva in alcun modo ai concorrenti di allegare la scheda tecnica, la quale quindi non potrebbe costituire un criterio discrezionale, pena una inammissibile integrazione postuma dei criteri di valutazione delle offerte, che comunque la sua proposta risponde puntualmente a tutte le specifiche individuate nella *lex specialis* della procedura e che Marr s.p.a. ha proposto un “olio extravergine di oliva proveniente interamente da olive italiane” non biologico, aggiungendo solo il nome del fornitore e quindi la marca del prodotto, ovvero elementi che non erano oggetto di valutazione ai sensi della *lex specialis*.

Il motivo, nella sua complessiva articolazione, non può essere accolto.

Deve in primo luogo evidenziarsi che l’elemento di valutazione *de quo* prevedeva l’attribuzione di un punteggio – discrezionale – per le offerte aventi ad oggetto “olio extravergine di oliva e/o certificato BIOLOGICO e/o proveniente interamente da olive italiane oltre alle caratteristiche previste come obbligatorie dal capitolato a garanzia”.

Ebbene, la presenza delle suindicate caratteristiche, ed in particolare di quelle “previste come obbligatorie dal capitolato a garanzia”, costituiva il

presupposto per il riconoscimento del punteggio in discorso, ferma la discrezionalità della commissione di gara ai fini della relativa graduazione: operazione, quest'ultima, che non poteva non considerare, evidentemente, oltre al possesso di una sola o più delle suddette caratteristiche (“olio extravergine di oliva e/o certificato BIOLOGICO e/o proveniente interamente da olive”), elementi ulteriori, compreso il grado di specificità *in parte qua* dell'offerta, ottenuto attraverso la produzione della scheda tecnica, al fine di consentire all'organo valutatore di conoscere (tutte) le caratteristiche del prodotto offerto e di apprezzarle in sede di determinazione del punteggio, anche considerando che, ove si ritenesse diversamente, il punteggio *de quo* avrebbe dovuto atteggiarsi come tabellare (*ergo*, automatico) e non discrezionale, in quanto ancorato alla mera verifica della sussistenza dei presupposti suindicati.

Fatta tale precisazione, l'attribuzione del punteggio contestato alla parte appellante trova ragionevole spiegazione nella mancanza nella sua offerta della scheda tecnica, la quale, sebbene non compresa tra gli elementi necessari ai fini dell'attribuzione del punteggio, rientra a buon titolo, come si è detto, tra gli elementi suscettibili di positiva valutazione sotto il profilo in esame, in quanto - si ripete - atta a consentire alla stazione appaltante di conoscere tutte le caratteristiche del prodotto in questione, non “tabellate” dal disciplinare di gara.

Né può escludersi che la provenienza dell'olio (risultante, appunto, dall'offerta di Marr s.p.a.) rientrasse tra gli elementi di positiva valutazione sotto il profilo in esame, sia perché, appunto, concorrente a specificare l'oggetto dell'offerta, sia perché utile ad identificare il produttore e ad apprezzarne l'affidabilità.

Consegue dai rilievi svolti che il giudizio di “inadeguatezza” formulato dalla commissione di gara, per tale profilo, nei confronti dell'offerta tecnica della parte appellante attiene esclusivamente all'elemento migliorativo in discorso, senza voler contestare la sussistenza dei requisiti di qualità previsti come obbligatori dalla *lex specialis*.

Ugualmente irrilevante, al fine di lumeggiare la pretesa illogicità del giudizio della commissione, è il fatto che Marr s.p.a. abbia offerto – a differenza della appellante – un olio non biologico, trattandosi di caratteristica prevista in alternativa (e non necessariamente in associazione) alle altre (inerenti alla sua provenienza da “olive interamente italiane” ed alla qualità di “olio extravergine di oliva”), mentre non può escludersi che la carenza del suddetto requisito nell’offerta della appellata sia stata ragionevolmente compensata, nell’ambito della complessiva valutazione della commissione di gara, dalle altre indicazioni da essa rese in ordine al prodotto offerto.

Le considerazioni che precedono consentono anche di escludere ogni fondatezza alla censura di carenza motivazionale del provvedimento di aggiudicazione, con riferimento alle ragioni giustificative del punteggio *de quo*, essendo le stesse agevolmente evincibili dalla correlazione tra il criterio di valutazione in esame, interpretato nel senso illustrato, ed il contenuto delle offerte, come innanzi analizzato.

Né rileva che, come dedotto dalla parte appellante, la ASST Mantova, in risposta a una richiesta di chiarimenti relativa proprio ai punteggi previsti per la voce n. 6 dell’offerta tecnica, aveva chiarito che “i punti previsti sono attribuiti nel solo caso in cui le ditte offrano olio extravergine di oliva certificato biologico e/o proveniente interamente da olive italiane”.

Deve infatti osservarsi che l’operato della stazione appaltante non è dissonante rispetto al citato chiarimento, identificando esso, come si è già detto, il presupposto per il riconoscimento del punteggio corrispondente al suindicato elemento di valutazione, ferma restando la discrezionalità della commissione di gara nella relativa graduazione, anche sulla scorta di elementi non testualmente specificati.

Irrilevante è anche il fatto che, in sede di apertura delle offerte economiche, è emerso che DAC s.p.a. aveva specificato la marca dell’olio proposto, che era la stessa indicata da Rossi Giants nella proposta tecnica.

Deve infatti rilevarsi che la valutazione dell'offerta tecnica non poteva che essere operata sulla scorta della relativa documentazione, non potendo aversi riguardo – anche in forza del ben noto principio di separazione tra le due tipologie di offerta – a quella inerente all'offerta economica.

L'appello, in conclusione, deve essere complessivamente respinto, mentre la sostanziale novità dell'oggetto della controversia, con particolare riguardo ai profili astrattamente rilevanti ai fini dell'applicazione della regola di cui all'art. 95, comma 15, d.lvo n 50/2016, giustifica la compensazione delle spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO

