



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 3387 del 2022, proposto da Poste Italiane S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Pesce e Flavia Speranza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Pesce in Roma, via dei Tre Orologi, 14/A;

contro

Euroascensori Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Komè S.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Del Vecchio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Del Bo Servizi S.r.l., Tk Elevator S.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 2670/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Euroascensori Service S.r.l. e di Del Vecchio S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Pesce, Speranza, Di Lieto e Russo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Euroascensori, in proprio e quale mandataria del Rti con Komè S.r.l., ha impugnato l'aggiudicazione a Del Vecchio S.r.l. dell'accordo quadro di durata pari a 36 mesi per l'affidamento del servizio di conduzione, assunzione della funzione di Terzo Responsabile, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elevatori al servizio degli uffici e degli edifici di Poste Italiane e delle Società del Gruppo site nelle regioni Campania e Calabria, indetto da Poste Italiane S.p.a. con l'avviso spedito il 26 marzo 2021 (CIG 866563001A), lotto n. 4, Area Sud, valore a base di gara pari a 615.269,48 euro (IVA esclusa).

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha accolto il ricorso con sentenza n. 2670/2022, appellata da Poste Italiane S.p.a. per i seguenti motivi di gravame:

I) *error in iudicando* laddove il TAR ritiene palesemente irragionevole la clausola che prevede l'attribuzione di 3 punti dell'offerta tecnica, andando ad impingere nella discrezionalità della stazione appaltante; erronea applicazione degli artt. 60, 79, 83 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché degli artt. 1 della l. n. 241 del 1990 e 97 della Costituzione; motivazione contraddittoria;

II) difetto di motivazione; illogicità manifesta, in relazione agli articoli 34 e 95, comma 6, lettera *a*), del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016; erronea applicazione del Capitolato Speciale d'Oneri, criterio tabellare 4.1.; violazione del principio *iura novit curia*;

III) manifesta illogicità, sotto altro profilo; manifesta contraddittorietà; violazione del principio di correlazione tra “chiesto e pronunciato”.

Si sono costituiti Euroascensori Service S.r.l. per resistere all'appello e Del Vecchio S.r.l. in adesione all'appello.

Alla camera di consiglio del 19 maggio 2022, fissata per la discussione dell'istanza cautelare proposta dall'appellante, le parti venivano informate della possibilità di definizione della vertenza ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.; quindi, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

L'accoglimento del ricorso di primo grado è stato motivato dall'illegittimità del bando, che richiedeva il possesso di mezzi ecosostenibili già alla data di pubblicazione del bando stesso, invece che a quella di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (27 aprile 2021), nonché dalla mancata conseguente attribuzione di 3 punti alla ricorrente, che l'avrebbero resa aggiudicataria (invece che quarta in graduatoria).

La motivazione addotta dalla stazione appaltante, cioè il richiedere un'esperienza nella conduzione ecosostenibile dell'attività, non è stata ritenuta condivisibile alla luce della richiesta di esperienza di soli 30 giorni (dalla pubblicazione del bando) invece che da una data più remota.

La sentenza ha riformulato la graduatoria e ha disposto il diritto della ricorrente al subentro nel contratto *medio tempore* stipulato da Poste Italiane con la società Del Vecchio, di cui ha dichiarato l'inefficacia.

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza appellata, atteso che nella procedura di gara di specie la stazione appaltante ha stabilito “l'utilizzo per tutta la durata contrattuale di mezzi che

rientrano almeno nella categoria EEV (veicolo ecologico migliorato) ai sensi del punto 2.5.3 Allegato 2 del D.Min. Ambiente 11/10/2017, tra veicoli elettrici, ibridi e gpl ed allegare la documentazione prevista con le modalità indicate nel Modulo offerta tecnica”, richiedendo legittimamente, per l’attribuzione di un punteggio massimo di 3 punti sui 70 attribuibili alle caratteristiche tecniche dell’offerta “il possesso/disponibilità di automezzi ecologici alla data di pubblicazione del bando di gara e per tutta la durata dell’appalto” non come criterio di selezione delle offerte (ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016), ma quale criterio di valutazione dell’offerta tecnica. Di conseguenza, dovrebbe ricevere applicazione il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui “la scelta dei criteri di valutazione del merito tecnico, volti a premiare la professionalità e la capacità organizzativa e progettuale dei concorrenti, costituisce espressione dell’ampia discrezionalità attribuita dalla legge all’amministrazione per meglio perseguire l’interesse pubblico: pertanto, la definizione dei parametri valutativi e dei metodi di attribuzione dei punteggi è sindacabile in sede di legittimità solo allorchè sia manifestamente irragionevole, illogica o abnorme, per l’evidente inidoneità dei criteri a fungere da strumenti di comparazione delle offerte sotto il profilo tecnico, oppure per mancanza di trasparenza e/o intelligibilità dei criteri medesimi”, irragionevolezza, illogicità o abnormità che non ricorrerebbero nel caso di specie. Inoltre, le stazioni appaltanti potrebbero tenere in considerazione criteri ambientali premianti anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. art. 34 e art. 95, comma 6, lettera *a*), del d. lgs. n. 50 del 2016, che espressamente include il “contenimento dei consumi energetici” nei criteri di valutazione dell’offerta tecnica), il che consentirebbe di diffondere le tecnologie ambientali e i prodotti ambientalmente preferibili e produrrebbe un effetto leva sul mercato, inducendo gli operatori economici meno virtuosi ad adeguarsi alle nuove richieste della pubblica amministrazione. Il che comproverebbe anche la ragione di interesse pubblico.

Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza, atteso che la corretta interpretazione della clausola porterebbe ad escludere la sua "intrinseca irragionevolezza" affermata dal TAR, in quanto essa sarebbe, invece, del tutto compatibile sul piano logico con la prova del possesso – quale criterio di valutazione dell'offerta - di un determinato requisito "di organizzazione aziendale", che premia con un punteggio minimo il preesistente possesso dei mezzi eco-compatibili e quindi una dimostrata sensibilità ambientale preesistente all'indizione del bando di gara. La Stazione Appaltante avrebbe, invero, inteso valorizzare l'organizzazione aziendale che già prima dell'indizione della gara impiegava automezzi ecocompatibili, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 50 del 2016 e del d.M. 11 ottobre 2017 sui CAM, quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica, legando la dimostrazione del requisito ad un momento temporale "antecedente la pubblicazione del bando".

Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto che, se il sub-criterio G2 dovesse essere inteso come prescrive la sentenza appellata, allora la stessa, nell'annullare gli atti di gara in *parte qua* avrebbe dovuto consentire alla stazione appaltante di rimettere i concorrenti nella condizione di potersi attrezzare per ambire a conseguire il punteggio per il sub-criterio G2. In particolare, dovrebbe essere consentito alla impresa terza in graduatoria (TK Elevator Italia S.p.a.) ed anche alla originaria aggiudicataria Del Vecchio S.r.l., di potersi munire dei mezzi ecologici di cui al sub-requisito G2 ritenuti dal TAR acquisibili entro il termine di presentazione dell'offerta che a tal fine andrebbe riaperto. Dovrebbe, quindi, essere disposto che la Stazione appaltante assegni alle imprese che hanno presentato offerta un nuovo termine per la produzione della documentazione di cui al requisito G2. Solo così sarebbe preservata la *par condicio* tra i concorrenti.

Deve premettersi che l'appellante ha partecipato quale capogruppo del raggruppamento con Komè S.r.l. alla suddetta gara telematica e si è collocata al quarto posto con complessivi punti 87,942, mentre al primo posto della

graduatoria risultava Del Vecchio S.r.l., con complessivi punti 90,728, che è stata dichiarata aggiudicataria e che sta già svolgendo il servizio dal primo febbraio 2022 in forza di contratto stipulato ed efficace dal 28 dicembre 2021. Di conseguenza, all'infondatezza dei primi due motivi di appello, strettamente connessi, conseguirebbe anche quella del terzo, atteso che, confermando l'interpretazione della legge di gara fornita dalla sentenza appellata, verrebbe attribuita la prima posizione in graduatoria ad Euroascensori, che con i tre punti aggiuntivi diverrebbe necessariamente aggiudicataria della gara, con diritto al subentro nel contratto stipulato.

Tanto premesso, al fine della decisione risulta, per il Collegio, essenziale l'attento esame della legge di gara, di non facile interpretazione, ad una prima lettura.

La ricorrente in primo grado ha lamentato, essenzialmente, che l'attribuzione del punteggio da essa conseguito sarebbe stata la risultante dell'illegittima mancata attribuzione dei punti inerenti al criterio G.2. relativi ai "mezzi ecosostenibili", per il quale le sarebbero stati attribuiti 0 punti anziché i 3 previsti. Invero, con nota del 4 novembre 2021, il R.U.P. aveva rappresentato che "con riferimento al requisito G.2. MEZZI ECOSTENIBILI, l'allegato Criteri di valutazione elevatori 2021 prevede il possesso/disponibilità di automezzi ecologici alla data di pubblicazione del bando di gara e per tutta la durata dell'appalto e l'allegato 2 Modulo Offerta tecnica lotto 4 richiede di "indicare il numero dei veicoli di proprietà/noleggio posseduti alla data di pubblicazione del bando di gara (idonei al trasporto su gomma e dotati di targa) esclusivamente ad alimentazione ecologica", mentre "Codesto RTI ha prodotto verbali di consegna dei veicoli datati 26.04.2021, successivi alla data di pubblicazione del bando di gara". Per Euroascensori, ove il bando di gara e il capitolato d'onere avessero previsto l'attribuzione del punteggio in parola solo a coloro che possedessero tali mezzi alla data di pubblicazione del bando e non a quella di presentazione dell'offerta, si sarebbero rivelati illegittimi per violazione delle norme e dei principi di settore che evidenziano che i requisiti

e gli elementi di valutazione debbono essere posseduti all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara (oltre che fino alla fine dei lavori), anche per evitare che siano favoriti determinati concorrenti, i quali possono avere avuto in anticipo la conoscenza dei requisiti o di elementi di valutazione che saranno poi richiesti dalla stazione appaltante e si siano, quindi, forniti di essi, violandosi così i principi di correttezza, trasparenza, imparzialità e concorrenza. Di conseguenza, avendo il R.T.I. ricorrente dimostrato di possedere alla data di presentazione dell'offerta (26 aprile 2021), ovviamente antecedente a quella ultima fissata dal bando (27 aprile 2021), e per tutta la durata

contrattuale, i mezzi ecosostenibili, ad essa si sarebbero dovuti attribuire i 3 punti di cui al suddetto requisito G.2, attribuzione che avrebbe comportato il posizionamento della medesima al primo posto, con conseguente aggiudicazione della gara.

La sentenza ha evidenziato la presenza di un contrasto interno tra gli atti che compongono la *lex specialis* e su quello esterno ha evidenziato l'illegittimità della stessa per violazione delle norme e dei principi desumibili dal codice dei contratti e dalla legge n. 241 del 1990, laddove riconducono i requisiti e gli elementi di valutazione alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e non a quella di indizione della stessa; e ciò anche a tutela dei principi di correttezza, trasparenza, imparzialità e correttezza.

Tali statuizioni sono perfettamente condivisibili.

Invero, il capitolato di gara, alla pag. 13, così dispone: *“I criteri di attribuzione dei punteggi dell’Offerta Tecnica sono descritti nell’Allegato 4 “Criteri di valutazione dell’Offerta tecnica” che costituisce parte integrante del presente CSO e Bando di Gara”*, rinviano, dunque, all'allegato 4 (criteri di valutazione offerta tecnica), che costituisce parte integrante del capitolato e del bando, mentre alla pag. 23, relativamente al criterio G.2 Veicoli ecosostenibili precisa che *“in caso di possesso allegare copia del libretto (per gli automezzi di proprietà) ovvero copia del contratto di leasing o contratti di noleggio a lungo termine intestato all’impresa concorrente dove deve*

essere necessariamente specificata la categoria di alimentazione (elettrici, ibridi, GPL) nonché la durata dello stesso che dovrà coprire l'intera durata dell'appalto".

A sua volta, l'allegato 4, nella tabella della prima pagina, al criterio g.2. prevede l'attribuzione di massimo 3 punti per l' *"Utilizzo per tutta la durata contrattuale di mezzi che rientrano almeno nella categoria EEV (veicolo ecologico migliorato) ai sensi del punto 2.5.3 Allegato 2 del D.Min. Ambiente 11/10/2017, tra veicoli elettrici, ibridi e gpl ed allegare la documentazione prevista con le modalità indicate nel Modulo offerta tecnica"*, facendo, dunque, riferimento, per l'attribuzione del punteggio, all'utilizzo per tutta la durata contrattuale dei mezzi.

Nella tabella della terza pagina dello stesso allegato si legge, invece: *"La valutazione sarà espressa sul numero di veicoli di proprietà/noleggio per i quali verrà presentato il libretto di circolazione con data antecedente la data di pubblicazione del bando di gara"*, ma subito dopo, che *"Il possesso/disponibilità di automezzi ecologici alla data di pubblicazione del bando di gara e per tutta la durata dell'appalto, dovrà essere espresso nell'Allegato 2 ..."*.

Nel "Modulo offerta tecnica", invece, riguardo al criterio g.2., veicoli ecosostenibili, si richiede di *"indicare il numero di veicoli di proprietà/noleggio posseduti alla data di pubblicazione del bando ... che dovrà coprire l'intera durata dell'appalto"* facendo, dunque, riferimento, per la valutazione, ai veicoli posseduti alla data di pubblicazione del bando e per tutta la durata contrattuale.

La legge di gara andava, dunque, interpretata come ha fatto la sentenza appellata, valorizzando le formule che ancoravano il possesso dei mezzi ecosostenibili, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica, alla durata contrattuale, alla luce del principio della massima partecipazione alla gara.

La clausola sarebbe, invero, irragionevole se conducesse all'attribuzione o meno del punteggio premiante e in questo caso determinante, solo per il fatto di aver immatricolato i mezzi ecosostenibili il giorno precedente o il giorno successivo alla pubblicazione del bando. Dunque, la mancata attribuzione

all'appellante - che aveva un mezzo ecologico al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte - dei 3 punti è illegittima.

Non convincono, quindi, le motivazioni contenute nell'appello di Poste italiane, né con riferimento alla differenza che sussisterebbe tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta, né sull'assunta volontà di valorizzazione dell'organizzazione aziendale del concorrente che già prima dell'indizione della gara impiegasse stabilmente automezzi ecocompatibili anche in ragione del fatto che le stazioni appaltanti possono tenere in considerazione criteri ambientali premianti ai fini della stesura dei documenti di gara.

Secondo la tesi dell'appellante il possesso dei richiesti automezzi ecocompatibili sarebbe stato richiesto in data antecedente alla pubblicazione del bando. Dal succitato esame della *lex specialis* si è accertato come tale interpretazione non sia condivisibile. Ma non lo sarebbe neppure quella di ancorare tale possesso alla data di pubblicazione del bando, atteso che, in tal caso, come correttamente statuito dalla sentenza appellata, non emergerebbe alcun dato curriculare qualificante in termini di gestione aziendale ecosostenibile, non contemplando la previsione il pregresso impiego di tali mezzi con riguardo ad un apprezzabile lasso temporale da prendere in considerazione, risultandone, per tale motivo, la palese irragionevolezza della clausola.

Si ribadisce, dunque, che il possesso del suddetto criterio di valutazione va interpretato come richiesto al momento di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, al fine di operare la verifica circa i contenuti delle offerte medesime tra concorrenti cui è stata data la possibilità di allinearsi alle prescrizioni della legge di gara a livello strutturale, organizzativo e funzionale e di poter quindi ambire al conseguimento della commessa, in applicazione dei principi di trasparenza, par condicio e *favor participationis*.

Invero, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa: "Discende che il possesso dei requisiti di partecipazione va, di necessità ed in

via di principio, ancorato non già al momento di indizione della gara (con la pubblicazione del bando), ma alla scadenza di tale termine minimo di efficacia dello stesso. Diversamente, si legittimerebbe una abusiva compromissione della più ampia facoltà di partecipazione, in danno delle imprese che, pur non possedendo i requisiti richiesti, siano in grado di procurarseli nel tempo concesso per formulare l'offerta" (cfr. Cons. Stato, V, 26 novembre 2020, n. 7438). E tale principio deve ricevere applicazione anche nel caso, come nella specie, in cui non si tratta di requisito di partecipazione ma di criterio di valutazione dell'offerta tecnica, atteso che, come è emerso proprio nel caso concreto, tale criterio di valutazione può essere decisivo al fine di determinare l'aggiudicatario della gara.

Il criterio di valutazione delle offerte tecniche discrezionalmente scelto dalla stazione appaltante si rivelerebbe, dunque, se interpretato nel senso che risulta dalla tesi dell'appellante, palesemente illogico, irragionevole e sproporzionato. Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di accoglimento del ricorso di primo grado, compresa la declaratoria di inefficacia dell'accordo quadro nel frattempo stipulato e il diritto al subentro dell'appellante, salvo l'esito degli ulteriori controlli ed adempimenti del procedimento ove ancora da svolgersi.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata di accoglimento del ricorso di primo grado, come in motivazione.

Condanna Poste Italiane S.p.a. e Del Vecchio S.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti di Euroascensori Service S.r.l., che si liquidano nella somma pari ad euro 2000 ciascuna, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO