

Publicato il 26/04/2022

N. 04983/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01154/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1154 del 2022, proposto da Universal Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

Provincia di Viterbo, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Felice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Tedeschi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Enzo Perrettini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consorzio Stabile Istant Service, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di idonee misure cautelari

- del Decreto del Direttore Generale prot. n. 1460 del 25 gennaio 2022 (doc. 1), comunicato in pari data (doc. 2), con il quale è stata disposta l'aggiudicazione in via definitiva al costituendo RTI tra Tedeschi S.r.l. e Consorzio stabile Istant Service della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia degli immobili dell'ateneo, ivi compresa la fornitura dei materiali di consumo per i servizi igienici;
- della comunicazione del 28 dicembre 2021 (doc. 3), con cui la Provincia di Viterbo, in qualità di Stazione unica appaltante, ha individuato quale operatore aggiudicatario, ai sensi dell'art. 76, co. 5, D.Lgs. 50/2016, il costituendo RTI tra Tedeschi S.r.l. e Consorzio stabile Istant Service;
- della *lex specialis* di gara, ed in particolare dell'art. 12 del Capitolato speciale d'appalto (doc. 4), nonché di ogni altro atto che richiami - esplicitamente o implicitamente - il meccanismo di attribuzione dei punteggi ivi contemplato, nella parte in cui prevede che una quota consistente del punteggio tecnico, riferita ai parametri P.1.a), P.1.b) e P.2.c.1), venga assegnata non già al concorrente che abbia formulato la migliore offerta in termini prestazionali, bensì a quello che abbia casualmente espresso il valore più vicino alla media tra i valori offerti da tutti i concorrenti, previa esclusione dal computo del 10% delle offerte contraddistinte dai valori più alti e più bassi;
- di ogni altro atto presupposto, preordinato, consequenziale e/o comunque connesso;

e per il risarcimento

del danno subito, in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e conseguente integrale rinnovazione della procedura di gara, ovvero - in subordine - per equivalente economico, con riserva di specificare e quantificare il pregiudizio patito nell'ambito di un autonomo e separato giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi della Tuscia, della Provincia di Viterbo e di Tedeschi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2022 la dott.ssa Francesca Santoro Cayro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 27.01.2022 e depositato il 7.01.2022, l'odierna ricorrente ha impugnato il Decreto del Direttore Generale dell'Università degli Studi della Tuscia prot. n. 1460 del 25 gennaio 2022, comunicato in pari data, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione in via definitiva al costituendo RTI tra Tedeschi S.r.l. e Consorzio stabile Istant Service della procedura aperta espletata dalla Provincia di Viterbo in qualità di Stazione unica appaltante e aggiudicata sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di pulizia degli immobili dell'ateneo, ivi compresa la fornitura dei materiali di consumo per i servizi igienici (servizio sino ad oggi gestito dall'odierna ricorrente). L'impugnazione è estesa alla comunicazione del 28 dicembre 2021, con cui la Provincia di Viterbo ha individuato quale operatore aggiudicatario, ai sensi dell'art. 76, co. 5, D. Lgs. 50/2016 (di seguito, "Codice degli appalti pubblici"), il sopra menzionato costituendo RTI, e alla *lex specialis* di gara, con particolare riferimento all'art. 12 del capitolato speciale d'appalto, nonché ad ogni altro atto che richiami - esplicitamente o implicitamente - il meccanismo di attribuzione dei punteggi ivi contemplato e contestato dalla ricorrente.

2. La parte, che si è collocata all'undicesimo posto della graduatoria, propone un unico motivo di ricorso rubricato "*Violazione e falsa applicazione degli articoli 30 e 95 del D.Lgs. 50/2016, nonché dell'art. 1, co. 1, L. 241/1990 e dell'art. 97, co.*

2, Cost. – *Violazione dei considerando 2, 90 e 92, nonché dell'art. 67, par. II, della Direttiva 2014/24/UE - Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione delle Linee guida ANAC n. 2/2016, manifesta illogicità ed irragionevolezza, abnormità, violazione del principio di proporzionalità, sviamento dell'azione amministrativa*”, con cui deduce l'illegittimità della previsione recata dall'art. 12 del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui contempla, con riferimento ai sotto-criteri P.1.a., P.1.b. e P.2.c.1., un meccanismo per l'attribuzione dei relativi sub-punteggi “eccentrico” e irragionevole, in quanto volto ad attribuire il punteggio massimo alle offerte collocate in prossimità della media aritmetica dei valori indicati dai vari concorrenti, con l'effetto di premiare le offerte più “mediocri” (peraltro individuate in maniera sostanzialmente “casuale”), penalizzando (in misura via via crescente) le offerte che risultano maggiormente distanti rispetto ai valori medi offerti.

Formula altresì richiesta di risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'integrale rinnovazione della procedura, ovvero - in subordine - per equivalente economico, con riserva di specificare e quantificare il pregiudizio patito nell'ambito di un autonomo e separato giudizio.

3. Si sono costituite in giudizio, quali parti resistenti, sia la Provincia di Viterbo sia l'Università della Tuscia, che hanno sollevato eccezioni in rito tese a contestare il difetto di legittimazione passiva in capo alla Sua, l'inammissibilità nonché l'irricevibilità del ricorso sotto plurimi profili. Nel merito deducono l'infondatezza delle censure esperite dalla ricorrente, attesa la piena legittimità e ragionevolezza dei criteri di valutazione in contestazione, come tali insindacabili, e la loro rispondenza alle esigenze dell'Amministrazione.

Anche la controinteressata Tedeschi si è costituita in giudizio, sia in proprio sia in qualità di mandataria del costituendo RTI, eccependo in rito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e la sua irricevibilità per tardività, nonché, nel merito, la logicità e obiettività dei criteri discrezionalmente prescelti dall'Università.

4. Tutte le parti hanno depositato memorie ex art. 73 cod. proc. amm. nonché memorie di replica, con cui ribadiscono e meglio articolano le rispettive doglianze ed eccezioni.

5. All'udienza pubblica del 12.04.2022, previa discussione delle parti presenti, la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale il Collegio è tenuto a scrutinare le molteplici eccezioni in rito sollevate sia dalle Amministrazioni resistenti sia dalla controinteressata nei rispettivi scritti difensivi, principiando da quella con cui la Provincia di Viterbo ha dedotto il proprio difetto di legittimazione passiva.

In particolare, la Provincia argomenta di aver agito nell'ambito della procedura in questione in qualità di Stazione Unica Appaltante (S.U.A.) per conto dell'Università della Tuscia, restando di esclusiva competenza di quest'ultima sia la fase a "monte" della gara, tra cui la definizione del capitolato speciale di appalto, sia la fase di aggiudicazione a "valle", come peraltro risulterebbe confermato dalle disposizioni dettate dalla Convenzione sottoscritta tra le parti (cfr. memoria del 25.02.2022, memoria ex art. 73 cod. proc. amm. dell'11.03.2022 nonché memoria di replica dell'1.04.2022).

L'eccezione in esame va respinta.

In linea generale si osserva che la Stazione Unica Appaltante, istituita ai sensi dell'art. 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136 *"al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose"*, secondo il disposto del d.P.C.M. attuativo del 30 giugno 2011 ha *"natura giuridica di centrale di committenza di cui all'articolo 3, comma 34, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"*.

Secondo la definizione recata dall'art. 3 del vigente Codice dei contratti pubblici, la centrale di committenza è *"un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie"*.

Per quanto qui specificamente interessa, ai sensi dell'art. 1, comma 88, legge 7 aprile 2014, n. 56, *“La provincia può (...), d'intesa con i comuni, esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive”*.

Ne consegue che, alla luce delle disposizioni sopra richiamate, la legittimazione passiva si radica necessariamente in capo alla medesima S.U.A. quale amministrazione aggiudicatrice, e dunque quale ente cui è devoluto l'espletamento delle procedure di gara, giusta anche il disposto dell'art. 120, comma 4, cod. proc. amm., secondo cui *“quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva (...) il ricorso è notificato (...) alla stazione appaltante (...)”* (tale regola rappresenta la specifica declinazione, nei giudizi instaurati avverso gli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici, del principio generale enunciato dall'art. 41, comma 2, secondo cui il ricorso deve essere notificato alla *“pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato”*).

Nel caso di specie, la procedura di gara è stata gestita dalla Provincia di Viterbo, tenuto conto che, con Delibera di Giunta provinciale n. 62 del 26 giugno 2014 (richiamata dalla stessa Provincia nella sua memoria di costituzione ed emanata in attuazione della citata l. n. 56/2014), è stata disposta l'istituzione della Stazione Unica Appaltante (S.U.A.)/Centrale di committenza della Provincia di Viterbo *“con la finalità di provvedere e curare l'aggiudicazione di contratti pubblici per la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e l'acquisizione di forniture per conto degli enti aderenti”*.

Nel bando si precisa per l'appunto che l'amministrazione aggiudicatrice è la *“Provincia di Viterbo in qualità di S.u.a.”*, mentre l'Università degli Studi della Tuscia riveste il ruolo di *“amministrazione contraente”* (cfr. doc. 4 allegato alla memoria di costituzione della Provincia di Viterbo, nonché ancora l'estratto pubblicato nella GU 5 Serie Speciale - Contratti Pubblici n.87 del 30-7-2021 di cui al doc. 5 allegato al ricorso introduttivo, in cui l'Ente è individuato nella Stazione Unica Appaltante *“S.U.A. Provincia di Viterbo per l'Università degli Studi della Tuscia”*).

Peraltro (come evidenziato dalla ricorrente nella memoria di replica dell'1.04.2022), lo stesso bando prevede che i ricorsi devono essere notificati “*all'amministrazione aggiudicatrice*”, ossia alla S.U.A. per la Provincia di Viterbo.

Ne consegue che il contraddittorio è stato correttamente instaurato nei confronti della Provincia.

Anche le previsioni recate dalla “Convenzione disciplinante la Stazione Unica Appaltante della Provincia di Viterbo”, sottoscritta tra la medesima Provincia e l'Università degli Studi della Tuscia (in qualità di Ente aderente) rispettivamente in data 20.04.2021 e 21.04.2021 (Convenzione richiamata dalla stessa Provincia nei suoi scritti difensivi), non smentiscono tale assunto. Dalla Convenzione, infatti, emerge chiaramente che la S.U.A. ha il compito di curare le procedure di gara di contratti di lavori, servizi e forniture per conto degli enti ad essa aderenti, previa designazione di un R.U.P. per le attività di propria competenza, con la conseguenza che alla medesima è devoluta la gestione dell'intera procedura di gara fino alla aggiudicazione, provvedendo altresì alla comunicazione dei relativi esiti (cfr. segnatamente artt. 5, comma 7 e 7, comma 3, lett. e, della Convenzione, nonché comunicazione del 28.12.2021 versata in atti e adottata dalla Provincia di Viterbo in qualità di S.U.A. ai sensi dell'art. 76, comma 5, Codice dei contratti pubblici).

Né vale in senso contrario quanto rappresentato dalla S.U.A. in ordine alla sua pretesa estraneità rispetto alla fase a “monte”, comprensiva della predisposizione del capitolato speciale di appalto in questa sede impugnato, nonché alla fase a “valle” dell'aggiudicazione, ai sensi di quanto previsto dalla medesima Convenzione.

Quanto alla fase “a monte” si osserva che, seppure il capitolato speciale d'appalto, recante (all'art. 12) i criteri e sotto-criteri per la valutazione delle offerte tecniche, è stato redatto dall'Università (nel mese di febbraio 2021), la Convenzione, all'art. 7, comma 3, lett. c), prevede che “*nel caso di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (...) la Provincia opera un controllo estrinseco in merito alla ragionevolezza, logicità e non contraddittorietà dei criteri adottati*

per la valutazione dell'offerta tecnica, con particolare riferimento ai criteri motivazionali cui dovrà attenersi la commissione tecnica nella fase di attribuzione del punteggio. In tal caso, concorda con l'Ente Aderente, in caso di adozione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i singoli elementi e sub-elementi di valutazione, i rispettivi pesi ponderali e le rispettive modalità di assegnazione dei punteggi, nel rispetto di quanto stabilito dal Codice e dai provvedimenti consequenziali”.

Quanto alla fase a valle, sia sufficiente osservare che il provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato dall'Università in data 25.01.2022 è stato disposto prendendo atto della “comunicazione del 28.12.2021 del Responsabile del Procedimento per la sola fase di gara (...)” (ossia della comunicazione trasmessa dalla S.U.A. ai sensi dell'art. 76, comma 5, del Codice), nonché delle ulteriori note trasmesse dalla S.U.A. e dal R.U.P. circa l'esito delle verifiche in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale di partecipazione (cfr. doc. 1 allegato al ricorso introduttivo).

Ne consegue che non può predicarsi, al fine di determinarne l'estromissione dal presente giudizio, una completa estraneità della S.U.A. né rispetto alla predeterminazione dei parametri di valutazione delle offerte tecniche e relativi punteggi ad essi assegnati (fase a monte), né con riferimento all'individuazione del soggetto cui aggiudicare, in via definitiva, l'appalto (fase a valle).

2. Venendo ora all'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso, sollevate sotto diversi profili sia dall'Università della Tuscia, sia dalla controinteressata Tedeschi, le medesime sono infondate.

In particolare, nella memoria difensiva del 26.02.2022, l'Università eccepisce che lo sforzo profuso dalla ricorrente per dimostrare l'inesistenza di “clausole escludenti” sarebbe “*del tutto ininfluyente*”, avendo questa non solo “*prestato acquiescenza ai criteri oggi fatti oggetto di contestazione in sede giudiziale, ma (...) altresì formalmente ed incondizionatamente accettato le disposizioni contenute negli atti di gara*”

(profilo questo evidenziato anche nella memoria ex art. 73 cod. proc. amm. prodotta dalla Provincia di Viterbo).

Sul punto si ritiene sufficiente richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui *“nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2015, n. 5218 e 5 novembre 2014, n. 5479; sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 749)”* (così *ex multis* Cons. St, Sez. V, 22.11.2017, n. 5438).

Ne consegue che la preventiva accettazione delle clausole del bando non può precludere l'esperibilità di azioni volte a contestarne la legittimità.

Né appare pertinente il riferimento alla possibilità di chiedere chiarimenti e spiegazioni in corso di gara (cfr. pag 5 della memoria del 26.02.2022), in considerazione del fatto che si tratta di una mera possibilità accordata all'operatore in gara, che certamente non può escludere la possibilità di far valere le proprie ragioni in sede giudiziale.

3. Quanto all'ulteriore eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata nella memoria del 25.02.2022, questa è volta essenzialmente a contestare la sussistenza, in capo alla ricorrente, di un interesse concreto e attuale all'odierna impugnazione, atteso il mancato superamento della cd *“prova di resistenza”*: ciò in considerazione della circostanza che, anche a non voler considerare i punteggi attribuiti alla relativa offerta tecnica in relazione ai tre sub-parametri in contestazione, ovvero pur assegnando alla ricorrente il medesimo punteggio conseguito dall'aggiudicataria, quest'ultima risulterebbe sempre prima in graduatoria, con la conseguenza che *“i punteggi attribuiti per i subelementi in contestazione, non sono stati affatto decisivi ai fini dell'aggiudicazione”*.

Al riguardo si osserva che le censure articolate con il ricorso introduttivo sono sostanzialmente dirette a caducare, almeno *in parte qua*, la *lex specialis*, in ragione della illogicità dei parametri valutativi di cui trattasi (o meglio, della formula matematica di attribuzione dei relativi sub-punteggi), chiedendo conseguentemente la rinnovazione della procedura di gara, con il logico corollario che lo scrutinio in ordine alla ammissibilità del presente ricorso, *sub specie* di verifica in capo all'odierna ricorrente di un concreto e attuale interesse ad agire, non richiede l'esperimento di alcuna prova di resistenza (cfr. Cons. St., Sez. III, 22.10.2018, n. 6035, secondo cui “*la verifica positiva della sussistenza dell'interesse all'impugnativa comporta che l'effettiva utilità al ricorrente, conseguente all'annullamento degli atti gravati, possa essere identificata non solo nel conseguimento dell'aggiudicazione vera e propria dell'appalto pubblico, ma – in subordine – possa consistere anche solo nella mera rinnovazione della gara. Ciò posto, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza quando le censure proposte sono dirette non solo al conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, ma anche ad ottenere, in via subordinata, l'annullamento dell'intera procedura*”).

4. Occorre ora scrutinare l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardiva proposizione del medesimo (che è stata sollevata da tutte le controparti nei propri scritti difensivi), motivata in ragione della circostanza che, essendo il gravame diretto a contestare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica specificati nel capitolato speciale di appalto e operanti quali “*clausole immediatamente escludenti*”, lo stesso avrebbe dovuto essere proposto entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando in quanto atto “*autonomamente lesivo*”, giusta il disposto dell'art. 120, comma 5, cod. proc. amm.

Al riguardo, tutte le parti hanno invocato la consolidata giurisprudenza amministrativa (avallata anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, da ultimo con la sentenza 26 aprile 2018, n. 4) in materia di onere di immediata impugnazione delle (sole) clausole del bando che siano immediatamente lesive in quanto abbiano una portata escludente, e nei propri

scritti difensivi negano (così il ricorrente) ovvero, all'opposto, affermano (così le altre parti) che le previsioni dettate dall'art. 12 del capitolato speciale di appalto, segnatamente quelle disciplinanti i sub-parametri di valutazione contrassegnati dalle lettere P.1.a., P.1.b. e P.2.c.1., siano qualificabili in termini di "clausole immediatamente escludenti".

Giova evidenziare che, alla luce del granitico orientamento giurisprudenziale, devono considerarsi "*clausole immediatamente escludenti del bando, comportanti l'onere della immediata impugnazione di questo, solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico (...)* A tal fine, quest'ultimo è tenuto, anche ai fini della dimostrazione dell'interesse ad agire, a provare di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, e dimostrare, nel merito, l'illegittimità della legge di gara in quanto l'impossibilità è comune alla maggioranza delle imprese operanti nel settore" (cfr. ex multis Cons. St., Sez. III, 24.12.2021, n. 8584).

In particolare, per quanto qui specificamente interessa, l'orientamento "tradizionale" include nel novero delle "clausole immediatamente escludenti" anche quelle "*che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.)*".

Di contro, resta escluso l'onere di immediata impugnazione delle prescrizioni del bando riguardanti il metodo di gara, il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell'anomalia, proprio perché non aventi una portata escludente.

Tanto precisato, alla luce delle stesse coordinate ermeneutiche tracciate dall'Adunanza Plenaria si ritiene che le clausole della *lex specialis* oggetto della presente impugnazione non rivestano una portata "immediatamente escludente", e dunque autonomamente lesiva: si tratta, infatti, di criteri di valutazione delle offerte tecniche che prevedono un particolare procedimento matematico di attribuzione del punteggio (che, come meglio si dirà, è incentrato sul calcolo della media aritmetica dei valori offerti da tutte le ditte

in gara, previa esclusione delle offerte che riportino i valori più alti e più bassi nella misura del 10% del totale, nonché sulla successiva attribuzione del punteggio secondo cinque classi di coefficienti, compresi in un *range* variabile da 0 a 1 a seconda della misura, più o meno maggiore, dello scostamento di ciascuna offerta rispetto alla media).

Rispetto ad una formula matematica così congegnata potrà esserne predicata di certo l'irragionevolezza e l'illogicità (come avvenuto nel caso di specie), ma non anche la sua radicale erroneità, nel senso precisato dalla giurisprudenza sopra richiamata: il peculiare meccanismo di calcolo congegnato dalla *lex specialis*, infatti, consente comunque di pervenire all'attribuire di un punteggio (variabile) alle offerte in gara, riservando il punteggio di "0" alle sole offerte che si discostino dalla media in misura eccessiva, in quanto ne differiscano di oltre il 50% (cfr. il prospetto relativo ai punteggi versato in atti al doc. 11, in cui emerge che solo alcune delle offerte hanno conseguito, in relazione ai tre criteri in contestazione, un coefficiente pari a zero, con conseguente attribuzione un sub-punteggio nullo, e fermo restando, comunque, che tutte le offerte tecniche hanno conseguito un punteggio complessivo positivo).

Pertanto, la clausola non ha precluso agli interessati l'utile partecipazione alla gara e la formulazione di un'offerta tecnica sorretta dall'aspettativa di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, considerata l'indeterminatezza, *ab origine*, del parametro numerico di riferimento (media di tutti i valori offerti), tale per cui ciascuna ditta (ivi compresa l'odierna ricorrente) era nella condizione di poter astrattamente offrire, con riferimento a ciascuno dei tre sub-criteri in esame, un valore che, qualora successivamente si fosse attestato in prossimità o in corrispondenza di tale media, avrebbe conseguito il punteggio più alto.

Ne consegue che l'interesse a ricorrere avverso la *lex specialis*, contestando la ragionevolezza di un meccanismo così congegnato, è sorto solo all'esito della gara, quando, a seguito dell'applicazione della sopra descritta formula aritmetica e dell'attribuzione dei relativi punteggi da parte della commissione, si è concretizzata la lesione in capo a chi (come l'odierna ricorrente) è risultata

aver offerto valori distanti rispetto a quelli medi, con il conseguimento di un giudizio numerico ritenuto eccessivamente basso, in quanto sperequato rispetto al livello qualitativo della propria proposta (se rapportato al livello dell'offerta risultata aggiudicataria quale livello "medio").

5. Del tutto privo di fondamento è anche l'ulteriore profilo di irricevibilità del ricorso denunciato dalla Provincia di Viterbo, secondo cui il *dies a quo* per la proposizione del ricorso sarebbe coinciso con la data in cui il seggio di gara ha proceduto alla formazione della graduatoria, dando lettura dei punteggi attribuiti secondo i criteri del capitolato speciale e passando poi all'apertura delle buste relative all'offerta economica (seduta del 13 dicembre 2021), in asserita applicazione dei principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 12 del 2 luglio 2020.

Sul punto sia sufficiente evidenziare che, nelle procedure ad evidenza pubblica, il ricorso è proposto avverso il provvedimento che dispone l'aggiudicazione in via definitiva, da proporsi, ai sensi dell'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., entro trenta giorni dalla "*ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*" (con la precisazione che, in ragione del difettoso coordinamento tra il cod. proc. amm. e il vigente Codice dei contratti pubblici del 2016, il perdurante richiamo alle formalità di cui all'art. 79 del cd "primo codice" deve ora intendersi effettuato alle formalità previste dall'art. 76 del "secondo codice").

Ebbene, nel caso di specie l'aggiudicazione definitiva è stata comunicata alla ricorrente in data 25.01.2022, con la conseguenza che il ricorso notificato il successivo 27.01.2022 è del tutto tempestivo.

Il verbale della seduta del 13.12.2021 è un atto meramente endo-procedimentale, che come tale non ha esplicito alcuna automatica efficacia lesiva nei confronti della parte, sicché è del tutto inidoneo a far decorrere il termine di trenta giorni per l'impugnativa.

Appare assolutamente inconferente il richiamo, sul punto, ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria con la menzionata pronuncia n. 12 del 2020:

con la stessa, infatti, non si è inteso anticipare, nella sostanza, il *dies a quo* di cui al citato art. 120, operando un inammissibile arretramento della soglia di accesso alla tutela giurisdizionale al momento della pubblicazione dei verbali della commissione di gara (che sono per l'appunto atti privi di rilievo provvedimentale), quanto piuttosto correttamente individuare il termine iniziale (da cui far decorrere i trenta giorni per la proposizione del ricorso) in presenza (pur sempre) di un provvedimento di aggiudicazione che chiude il procedimento di evidenza pubblica, ancorando detto termine ad una "data oggettivamente riscontrabile" e, al tempo stesso, scongiurando la prassi dei ricorsi c.d. "al buio".

6. Tanto premesso in rito, nel merito il ricorso è fondato.

7. La procedura di gara di cui trattasi ha ad oggetto la prestazione di un servizio (pulizia degli immobili dell'Ateneo), comprensivo della fornitura dei materiali di consumo per i servizi igienici, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *ex art. 95, comma 3, Codice dei contratti pubblici* (di seguito anche "o.e.p.v.").

In merito alla definizione dei criteri di aggiudicazione, il medesimo art. 95, comma 1, prevede che "*I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva (...)*".

Con precipuo riferimento al criterio dell'o.e.p.v., il comma 2 della citata previsione chiarisce che "*le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti (...) sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (...)*", criterio da utilizzarsi in via esclusiva, tra l'altro, per i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera (cfr. art. 95, comma 3, lett. a).

La *ratio* sottesa al criterio dell'o.e.p.v. è quella di valorizzare, al momento dell'acquisto di lavori, servizi o forniture volti a soddisfare direttamente esigenze proprie della stazione appaltante o offrire determinati servizi

all'utenza, la qualità di ciò che viene acquistato, non badando esclusivamente a un risparmio sui costi, e dunque, in sostanza, individuando un *trade-off* tra costo e qualità. In altri termini, il criterio in esame ha la finalità di operare il miglior bilanciamento possibile tra queste due esigenze.

Il successivo comma 6 dello steso art. 95 prevede che “*l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto*”, mentre ai sensi del comma 10 bis “*la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici*”.

La predeterminazione dei parametri valutativi (*sub specie* di criteri e sotto-criteri) che dovranno guidare il giudizio sulle offerte in gara è pertanto rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante, che, nella fase del disegno della gara, deve individuare concretamente i propri obiettivi (di regola molteplici), attribuire un peso relativo a ciascuno di essi, definire le modalità attraverso cui viene valutato il grado di adeguatezza di ciascuna offerta rispetto al singolo obiettivo, nonché sintetizzare le informazioni relative a ciascuna offerta in un unico valore numerico finale.

Nella delineazione dei criteri di valutazione, un utile ausilio è offerto delle Linee Guida n. 2 del 2016 di attuazione del d.lgs. n. 50/2016, recanti “*Offerta economicamente più vantaggiosa*”, adottate dall'ANAC e da ultimo aggiornate con Delibera del Consiglio dell'Autorità n. 424 del 2 maggio 2018, finalizzate a “*dare indicazioni operative che possano aiutare le stazioni appaltanti nell'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*” (sul punto cfr. anche il parere consultivo n. 966 reso dal Consiglio di Stato in data 13.04.2018, secondo cui le linee guida n. 2 “*forniscono utili indicazioni in ordine alla definizione degli obiettivi e dei criteri di valutazione che devono essere sottesi alla costruzione degli elementi o criteri di valutazione*”).

In particolare, le menzionate linee guida prevedono che i criteri di valutazione delle offerte devono essere *“concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell’offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l’applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo”*.

A tale scopo è determinante la fase (a “monte”) di predisposizione dei “pesi” o “punteggi” da assegnare a ciascun criterio (o sub criterio), intendendo come tale il valore numerico massimo riconosciuto a ciascun parametro/sottoparametro valutativo, che esprime il grado di rilevanza assegnato a ciascuno, secondo il discrezionale apprezzamento dell’Amministrazione.

Al momento della effettiva attribuzione dei punteggi (fase a “valle”), l’Amministrazione è tenuta a verificare, per ciascuna offerta in gara, l’effettivo grado di rispondenza dei vari profili/aspetti oggetto di valutazione rispetto ai parametri predeterminati a monte, assegnando pertanto a ciascun profilo un punteggio che rappresenta il livello (più o meno elevato) di rispondenza rispetto al parametro, e dunque il grado di apprezzamento manifestato.

8. Tanto opportunamente precisato, secondo il consolidato indirizzo pretorio, dal quale non vi è ragione di discostarsi, *“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 allorché 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 intellegibilità dei criteri medesimi”* (in tal senso cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2021, n. 776; Cons. St., sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6380; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026; Cons. St., sez. V, 12 maggio 2020, n. 2967; Cons. St., sez. V, 26 marzo 2020, n.

2094; Cons. St., sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 2 luglio 2021, n. 4583; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 15 dicembre 2020, n. 13550).

Anche sotto il vigore del precedente Codice dei contratti pubblici era stato puntualizzato che è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la “*formulazione di precisi e puntuali criteri di riferimento, per l’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa (criteri che si ritengono necessari e che possono consistere anche in formule o espressioni matematiche, contestabili unicamente in caso di abnormità, sviamento e manifesta illogicità)*” (cfr. in senso conforme Cons. Stato, V, 22 gennaio 2015, n. 257; III, 24 aprile 2015, n. 2050 e 8 settembre 2015, n. 4190”).

Ne consegue che il sindacato del giudice sui parametri valutativi prescelti discrezionalmente dalla stazione appaltante per la valutazione dei profili tecnici dell’offerta nell’ambito del criterio di aggiudicazione dell’o.e.p.v., oltre che sulle modalità di attribuzione dei relativi punteggi (e sub-punteggi), è unicamente finalizzato ad appurare l’esistenza di eventuali vizi di manifesta illogicità o irragionevolezza. In altri termini, l’autorità giurisdizionale è comunque tenuta a verificare che i criteri (ed eventuali sub-criteri) individuati dalla stazione appaltante, nonché i punteggi (e sub-punteggi) assegnati a ciascuno di essi, siano effettivamente rispondenti ai bisogni della stazione appaltante, ma anche all’obiettivo, sotteso al criterio dell’o.e.p.v., di garantire un effettivo confronto concorrenziale sul merito, posto che una eventuale incongruenza (*sub specie* di previsione di criteri o punteggi sperequati ovvero sproporzionati) denota una manifesta illegittimità tale da giustificare la caducazione della *lex specialis*.

Nell’effettuare un tale sindacato anche l’interprete potrà trarre un valido ausilio dalle citate linee guida ANAC n. 2/2016, che, come accennato, rappresentano uno strumento utile per verificare l’effettiva rispondenza delle scelte discrezionalmente operate dalla stazione appaltante alla logica (garanzia di un ottimale rapporto qualità/prezzo) che connota il criterio dell’o.e.p.v.

9. Nel caso di specie, il sindacato cui è chiamato il Collegio dovrà appuntarsi non tanto sui profili sottesi ai criteri di valutazione contestati dalla ricorrente, quanto piuttosto sulla ragionevolezza del meccanismo di attribuzione del relativo punteggio previsto dalla *lex specialis*, segnatamente dall'art. 12 del capitolato speciale d'appalto.

In particolare, i sotto-parametri che vengono qui in rilievo sono quelli contrassegnati dalle lettere P.1.a. (*“descrizione della struttura operativa”*) e P.1.b. (*“mezzi, attrezzature e logistica”*), che afferiscono al parametro più generale della *“qualità dell'organizzazione e del servizio”* (cui è attribuito un punteggio complessivo di 30 punti, sui 70 massimi assegnati all'offerta tecnica), nonché il P.2.c.1. (*“ulteriori interventi non compresi tra gli oneri di Capitolato”*), che attiene al parametro della *“qualità del servizio proposto”* (cui è attribuito un punteggio complessivo di 40 punti).

Ai tre sotto-parametri in esame è assegnato, rispettivamente, un sub-punteggio massimo di 14, 6 e 18.

Nel dettaglio, quanto al metodo di attribuzione del relativo punteggio, questo è sostanzialmente simile per ciascuno dei medesimi.

In particolare, per il sotto-parametro P.1.a. la *lex specialis* prevede, in primo luogo, l'attribuzione di un punteggio di 0 per le offerte che presentano un monte ore annue pari a 35.000 (laddove in caso di monte ore inferiore a tale soglia, all'intera offerta tecnica viene assegnato il punteggio 0), precisando poi che *“Per le sole offerte con monte superiore a 35.000 si procederà come di seguito:*

- *il monte ore totale prestato da unità di personale di II° e III° livello (impiegato senza utilizzo quotidiano di macchine) sarà moltiplicato per il coefficiente 0,90;*
- *il monte ore totale prestato da unità di personale di livello III, se esclusivamente impiegato per utilizzo quotidiano di macchine, o di livello superiore sarà moltiplicato per il coefficiente 1,00.*

Sarà quindi calcolata la sommatoria per ogni concorrente, sarà poi calcolata la media aritmetica con esclusione dei valori più alti e più bassi nella misura del 10%, arrotondato all'unità superiore, del totale.

Sarà, quindi, attribuito il seguente punteggio:

- 1 alle offerte che differiranno in più o in meno da tale media non oltre il 2%;
- 0,75 alle offerte che differiranno in più o in meno da tale media non oltre il 4%;
- 0,50 alle offerte che differiranno in più o in meno da tale media non oltre il 6%;
- 0,20 alle offerte che differiranno in più o in meno da tale media non oltre il 10%;
- 0,00 alle che differiranno in più o in meno da tale media oltre il 10%;

Tutti i calcoli effettuati saranno soggetti ad arrotondamento alla seconda cifra decimale”.

Quanto al sub-parametro P.1.b, il capitolato prevede, *in primis*, la suddivisione delle attrezzature in 4 tipologie, contrassegnate dalle lettere a, b, c e d, e l'attribuzione di un valore di 0,6 e 0,7 rispettivamente a “ognuna delle attrezzature ricomprese alla lettera a) (o assimilabili) che sarà sempre mantenuta all'interno degli stabili universitari” e “ognuna delle attrezzature ricomprese alla lettera b) (o assimilabili) che sarà messa a disposizione dell'Amministrazione entro 24 ore dalla esigenza o richiesta”, nonché ancora, con riferimento a “ogni mezzo ricompreso alla lettera c) impiegato quotidianamente per il servizio”, l'attribuzione di un punteggio compreso in un range variabile da 3 a zero a seconda delle modalità di alimentazione (ibrido/elettrico, carburanti fossili, ecc.), e, infine, per “ogni attrezzatura/mezzo di cui alla lettera d)”, un valore di 1,00 “se messa a disposizione, senza alcun onere per l'Amministrazione, entro 24 dalla richiesta per ulteriori esigenze oltre quelle già discendenti dallo svolgimento delle attività servizio indipendentemente dalla distanza della località di deposito”.

È poi previsto il computo del valore totale di tutti i mezzi e le attrezzature messi a disposizione da ciascuna impresa, procedendosi altresì al calcolo della media aritmetica di tali valori, in applicazione dello stesso meccanismo contemplato per il precedente sotto-parametro P.1.a. (e con l'unica variante che le percentuali di scostamento rispetto alla media, in funzione delle quali sono attribuiti i coefficienti – decrescenti da 1 a 0 – variano dal 10% al 50%).

La medesima formula matematica (calcolo della media aritmetica di tutti i valori offerti, ad eccezione dei più alti e più bassi nella misura del 10%, e ripartizione dei punteggi secondo 5 fasce, in relazione allo scostamento dei

valori offerti rispetto alla media, fino ad un massimo del 50%) è infine applicata anche per l'attribuzione del sub-punteggio relativo al sotto-parametro P.2.c.1, avente ad oggetto la disponibilità ad effettuare interventi aggiuntivi, senza oneri per l'Amministrazione anche in orari serali, notturni, festivi o pre-festivi, per particolari esigenze non ordinarie dell'Amministrazione riguardanti servizi di pulizia extra, ma anche di presidio e portierato.

La ricorrente – che in relazione ai predetti sub-criteri ha conseguito i punteggi rispettivamente di 7, 0 e 0 – si duole della irragionevolezza di un meccanismo matematico così congegnato, in quanto teso a premiare le offerte “più “mediocri”, peraltro individuate in maniera sostanzialmente “casuale”, e non quelle contraddistinte da un più elevato livello qualitativo e/o prestazionale” (cfr. pag. 12 del ricorso). Si tratterebbe, in sostanza, di un meccanismo “*intrinsecamente irrazionale*”, perché “*non ancorato a valori obiettivi e/o a parametri di efficienza reali, preventivamente individuati dall'Amministrazione a seguito di apposita istruttoria bensì dipende esclusivamente dall'interazione reciproca e imponderabile delle diverse strategie di partecipazione adottate dai vari concorrenti, che saranno spinti ad attestarsi deliberatamente su livelli prestazionali mediocri, nella speranza di massimizzare le proprie chances di collocarsi in prossimità dei valori medi*” (cfr. pagg. 8-9 della memoria del 26.03.2022).

10. Le censure colgono nel segno.

Nella sostanza, ciascuno dei tre criteri in esame verte intorno ad un elemento obiettivo, suscettibile di una precisa quantificazione e pertanto misurabile (rispettivamente, numero di ore offerte per il servizio di pulizia “ordinario”, macchinari messi a disposizione dell'Ateneo - che per effetto dell'attribuzione di coefficienti, variabili in ragione della tipologia di ciascun mezzo, sono poi “convertiti” in un importo unitario - e ore aggiuntive offerte per servizi di pulizia extra), con conseguente “traduzione” in un determinato valore numerico.

Il meccanismo di attribuzione del relativo sub-punteggio è congegnato in modo tale da assegnare il punteggio massimo alle proposte per le quali il valore numerico corrispondente a ciascuno dei citati elementi si attesta in corrispondenza o in prossimità (con scostamento massimo del 2% ovvero del 10%) della media aritmetica di tutti i valori offerti. Man mano che i valori delle offerte in gara si discostano da tale importo medio, il punteggio decresce, fino all'assegnazione di 0 punti per le offerte il cui valore differisce dalla media di almeno il 10% ovvero il 50%.

Già questo denota una prima peculiarità circa la modalità di valutazione adottata dalla stazione appaltante, nella misura in cui, ad elementi suscettibili di una precisa misurazione e quantificazione, viene assegnato un punteggio non predeterminato né predeterminabile *ex ante* (sulla scorta, ad esempio, di coefficienti fissi e prestabiliti da applicare), né affidato per intero all'apprezzamento discrezionale della commissione di gara, ma variabile in funzione di un fattore matematico determinato soltanto *ex post*, in quanto risultante, di fatto, dalla interrelazione dei valori concretamente offerti dalle ditte in gara.

A tal proposito si ritiene condivisibile quanto dedotto in sede di ricorso introduttivo, in cui si osserva che un criterio di valutazione così congegnato non è propriamente inquadrabile né nel novero dei criteri di natura "tabellare" o quantitativa (quale, ad esempio, il possesso della certificazione ECOLABEL UE di cui al parametro 2.1.a., il cui punteggio è assegnato nella misura massima se l'operatore economico in possesso della certificazione assumerà ed eseguirà direttamente l'intero appalto, mentre è attribuito proporzionalmente, in ragione della quota di partecipazione dell'operatore che ne sia in possesso, nel caso in cui l'esecuzione dell'appalto sia affidata a più ditte), né tra i criteri discrezionali (quale, ad esempio, il sistema di auto-controllo della qualità del servizio di cui al sub-criterio P.1.c).

Sul punto, nella memoria di replica depositata dalla controinteressata in data 1.04.2022 si legge che "*trattandosi di elementi di valutazione di carattere quantitativo*

e, quindi, “misurabili”, l’Amministrazione ha ritenuto opportuno di non affidare la relativa valutazione alla Commissione e di predeterminare, invece, una modalità oggettiva e trasparente’.

Si osserva che il *focus* sul quale si concentrano le doglianze della ricorrente non è tanto la scelta, operata a monte, di sottrarre i tre criteri di cui trattasi alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, quanto piuttosto la razionalità e l’effettiva obiettività del metodo di valutazione prescelto dalla *lex specialis*.

Orbene, tale metodo risulta calibrato in modo tale da premiare l’offerta in cui il valore numerico corrispondente a ciascun sub-parametro (e quindi, in sostanza, la “quantità” offerta di ciascuno degli elementi considerati, estrinsecata in tale valore) si approssima di più alla media di tutti i valori (quantità) offerti. Il meccanismo di cui trattasi, pertanto, si traduce in un sostanziale “appiattimento” intorno ad un valore mediano, che è la risultante dell’interazione tra i valori espressi dai vari concorrenti, secondo una logica di interdipendenza reciproca.

Come logico corollario, sono penalizzate le offerte in cui le quantità proposte progressivamente si allontanano dal suddetto valore mediano, sia in eccesso sia in difetto, nel senso che l’offerta del relativo elemento (numero di ore, attrezzature ecc.) è più bassa, o, all’opposto, più alta rispetto alla media.

Tali osservazioni consentono al Collegio di ritenere che un criterio valutativo così congegnato risulta essere macroscopicamente illogico, in quanto non oggettivo né idoneo a premiare, in concreto, il merito tecnico delle offerte in gara, oltre che inadeguato al perseguimento degli obiettivi programmati e delle esigenze espresse dall’Amministrazione.

11. Sotto il primo profilo si osserva che l’oggettività di un criterio valutativo non deve certo essere intesa come matematica certezza in ordine al punteggio che sarà attribuito all’offerta tecnica, ma implica che il parametro deve essere congegnato in modo tale che l’operatore possa avere contezza, almeno in via orientativa, del grado di apprezzamento che sarà formulato con riferimento

allo specifico aspetto/profilo della propria offerta contemplato dal parametro, alla luce dei contenuti e del livello tecnico della soluzione proposta nonché degli effettivi bisogni della stazione appaltante, affinché sia messo nelle condizioni di predisporre la propria offerta in modo maggiormente mirato ed effettivamente calibrato rispetto a quelle esigenze.

Nel caso di specie, l'attribuzione dei punteggi è dipesa in sostanza da un dato numerico del tutto mutevole e assolutamente imprevedibile, rappresentato dalla media aritmetica dei valori presentati dagli operatori in gara, rapportata al numero di essi e ai quantitativi offerti da ciascuno: ne consegue che, laddove una delle variabili della formula fosse stata diversa (ad es. se i valori offerti – anche magari da un solo operatore – fossero stati altri), quella media si sarebbe attestata inevitabilmente su un importo differente (più alto o più basso), con la conseguenza che la preferenza sarebbe stata accordata diversamente, nel senso che il punteggio più elevato sarebbe stato attribuito ad una diversa offerta.

Un meccanismo così congegnato finisce per “ribaltare” sugli operatori in gara, o meglio sulla interrelazione dei valori da essi offerti, il parametro di riferimento (media) per la valutazione dell'offerta migliore: in altri termini, la valutazione viene effettuata non già partendo da misura (es. monte ore annuale) che l'Amministrazione ritiene in astratto ottimale, e individuando quella delle offerte che soddisfa maggiormente le proprie esigenze, ma ricavando tale misura da un calcolo matematico fondato su fattori variabili, attestando la preferenza sul quantitativo che si colloca al livello mediano.

Pertanto, coglie nel segno la censura della ricorrente secondo cui l'attribuzione dei punteggi è stata del tutto casuale: laddove, infatti, i valori offerti fossero stati diversi, la media aritmetica si sarebbe attestata su un importo differente (più alto o più basso), con la conseguenza che i punteggi sarebbero stati ripartiti diversamente tra le offerte in gara, pur restando invariate le esigenze dall'Ateneo.

12. Ed ancora, un criterio così congegnato, nella misura in cui determina un appiattimento su un dato numerico rappresentativo di un valore medio, risulta anche non essere idoneo a valorizzare *“gli elementi qualitativi dell’offerta”* e garantire *“un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici”* ai sensi del citato art. 95, comma 10 bis, Codice dei contratti pubblici, non apparendo adeguato a *“evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante”*, consentendo *“un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell’offerta”* e *“scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori”* (così linee guida ANAC n. 2/2016).

Si osserva che già la stessa previsione di un dato numerico di riferimento rappresentato dalla *“media”* dei valori offerti collide di per sé con la logica del criterio dell’o.e.p.v., che è tesa ad individuare, sotto il profilo tecnico, l’offerta che risulti qualitativamente migliore (salvi i meccanismi di attribuzione del punteggio relativo ai profili economici, allo scopo di operare un ottimale *trade off* tra qualità e costi).

A tale riguardo si osserva che non coglie nel segno il richiamo (contenuto negli scritti difensivi depositati in giudizio dalla controinteressata Tedeschi) all’art. 4 della legge n. 14 del 2 febbraio 1973 (disposizione peraltro non più in vigore da tempo), che prevedeva, per gli appalti di opere da aggiudicarsi mediante licitazione privata, il ricorso ad un criterio di aggiudicazione teso a premiare *“l’offerta che eguaglia o, in mancanza, che più si avvicina per difetto alla media ricavata ai sensi del precedente comma”*, ossia alla media delle offerte *“che presentino i maggiori ribassi”*, in ragione del 50 per cento di tutte le offerte”.

Come correttamente evidenziato dalla ricorrente, un criterio di aggiudicazione così congegnato (prossimità rispetto alla media, calcolata in base alla metà delle offerte che presentano i prezzi più bassi), peraltro incentrato sul prezzo e non anche sui valori da attribuire agli elementi tecnici dell’offerta, è stato giudicato non conforme alla disciplina comunitaria, che impone il ricorso al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (in quanto *“per*

determinare l'offerta più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice deve in effetti poter prendere una decisione discrezionale in base a criteri qualitativi e quantitativi variabili secondo il mercato e non potrebbe di conseguenza basarsi sul solo criterio quantitativo della media dei prezzi?": cfr. Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 1985, causa C274/83).

L'irragionevolezza del criterio previsto dalla *lex specialis* si coglie anche considerando la circostanza secondo cui viene attribuito un identico punteggio alle offerte che si discostino dalla media nella stessa misura ma secondo un differente "verso", nel senso che alcune sarebbero in aumento e altre in difetto rispetto al valore mediano, finendo così per porre sullo stesso piano proposte che, nei contenuti, sono del tutto diversificate e dunque meriterebbero un diverso grado di apprezzamento.

Si crea, in altri termini, una sostanziale disparità di trattamento che contraddice la logica del criterio dell'o.e.p.v., che impone, tra l'altro, il rispetto dei "principi di non discriminazione e di parità di trattamento" (cfr. art. 95, comma 2, Codice dei contratti pubblici).

In quest'ottica, la stessa previsione di un punteggio pari a zero per offerte eccessivamente distanti dalla media sembra essere del tutto illogica, nella misura in cui si finisce per non attribuire alcun peso a proposte che pur presentano gli elementi migliorativi richiesti dalla *lex specialis* (in termini di monte ore superiore alla soglia di 35.000, attrezzature e ore di servizio extra), laddove "per avventura" tali quantitativi risultino essere eccessivamente abbondanti o eccessivamente scarsi rispetto a quelli offerti dagli altri operatori in gara.

Basti considerare che, con riferimento, ad esempio, al sotto-criterio del monte orario annuo P.1.a., il punteggio zero finisce per essere attribuito sia alle offerte che non prevedono un monte ore aggiuntivo rispetto al livello minimo delle 35.000 ore, sia rispetto alle offerte che comunque superano tale tetto, ma risultano "troppo" distanti rispetto al valore mediano (indifferentemente perché in eccesso o in difetto).

Senza considerare che il giudizio in termini di “sovrabbondanza” o di “scarsità” dell’elemento (in ragione di uno scarto percentuale di oltre il 10% o 50% rispetto alla media) è comunque formulato non già in base alle esigenze obiettive ed effettive dell’Amministrazione, ma sulla scorta (e dunque in dipendenza) dei valori, variabili e del tutto casuali, offerti da tutti gli operatori in gara.

Nemmeno appare del tutto ragionevole la scelta di applicare il meccanismo del cd “taglio delle ali” (eliminazione dal computo della media dei valori più alti e più bassi del 10%), introdotto al fine di “*rendere più rappresentativo il valore medio da prendere come riferimento ai fini dell’attribuzione dei punteggi*” (cfr. memoria ex art. 73 cod. proc. amm. della controinteressata): tale sistema, infatti, è stato specificamente congegnato dal legislatore con riferimento al profilo squisitamente economico del prezzo, operando sui ribassi percentuali rispetto al prezzo di partenza, profilo per il quale, tra l’altro, è pur sempre previsto un riferimento certo e obiettivo su cui operare i calcoli aritmetici (rappresentato, per l’appunto, dal prezzo a base di gara), mentre nel caso di specie viene in considerazione esclusivamente la valutazione del merito, e dunque dei profili tecnici dell’offerta.

13. Ed ancora, un criterio valutativo che ancora il giudizio sul merito alla media aritmetica dei valori offerti non appare nemmeno idoneo a soddisfare le esigenze della stazione appaltante.

Al riguardo si evidenzia che, nei propri scritti difensivi, le controparti hanno argomentato che il criterio matematico così congegnato sarebbe stato funzionale alla soddisfazione delle esigenze dell’amministrazione contraente: segnatamente, quanto ai parametri P.1.a. P.2.c.1, questo sarebbe stato finalizzato ad escludere un numero eccessivo di ore, a salvaguardia delle condizioni del personale impiegato e dei livelli salariali (considerato che il servizio di pulizia rientra nel novero di quelli “ad alta intensità di manodopera”, risultando elevata la percentuale di impiego del personale nonché la percentuale relativa al costo della manodopera), sicché l’Università

“ al fine di evitare dei possibili forme speculative a scapito del personale addetto, ha ritenuto opportuno, nel pieno esercizio della propria discrezionalità, adottare dei criteri di esclusione delle offerte eccessivamente alte o basse”, volendo “escludere sia le offerte che non fossero migliorative del servizio posto a base di gara sia quelle che avrebbero potuto essere troppo vantaggiose per l’amministrazione onde evitare ogni possibile impatto e ripercussione negativa sui lavoratori impiegati”, laddove il criterio P.1.b. era volto ad evitare di “poter fruire di un numero eccessivo di strumentazione che avrebbe creato problematiche di carattere logistico per reperire spazi idonei” (così ad esempio memoria di costituzione della Provincia di Viterbo del 25.02.2022, con argomentazioni che sono sostanzialmente replicate anche dalle altre parti in causa).

Ebbene, qualora fossero state queste le esigenze concretamente perseguite dalla stazione appaltante, la *lex specialis* avrebbe dovuto essere congegnata in modo tale da predisporre, in maniera chiara e conoscibile *ex ante*, adeguati “correttivi” atti ad evitare la presentazione di offerte sproporzionate e dunque non in linea con gli interessi da soddisfare tramite la prestazione del servizio a gara, e non rimettere la soluzione ad un valore determinato in modo del tutto casuale e mutevole, quale è la media aritmetica dei valori offerti.

Né coglie nel segno l’osservazione (contenuta nella memoria di costituzione della controinteressata), secondo cui l’Amministrazione ha optato per un “meccanismo che (...) esclude dal computo, finalizzato ad individuare la media dei valori offerti dai concorrenti, le offerte che, in quanto estreme nell’una o nell’altra direzione, sono come tali poco indicative dei valori correnti di mercato” in quanto ritenuti espressione di “offerte serie”: il giudizio in ordine alla serietà dell’offerta deve necessariamente tener conto anche dei profili economici (segnatamente, i punti relativi al prezzo) e si estrinseca attraverso strumenti ulteriori (quali la valutazione di anomalia *ex art. 97* Codice dei contratti pubblici).

14. Ancora, non risulta determinante nemmeno il riferimento (contenuto negli scritti difensivi della medesima controinteressata) al disposto di cui all’art. 95, comma 14-bis, Codice dei contratti pubblici, che esclude

l'attribuzione di un punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.

La disposizione, infatti, come correttamente evidenziato dalla ricorrente, si applica esclusivamente agli appalti di lavori, e ciò è chiaramente evidenziato dal suo tenore letterale, e in particolare dal riferimento al “*progetto esecutivo*”, che, ai sensi dell'art. 23 del Codice dei contratti pubblici, concreta uno dei “*tre livelli di successivi approfondimenti tecnici*” previsti dalla “*progettazione in materia di lavori pubblici*” (cfr. *ex multis* Cons. t., Sezione V, 12.12.2019, n. 8534, secondo cui “*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*”).

15. Parimenti non conferente è il richiamo (sempre ad opera della controinteressata) al precedente rappresentato dalla pronuncia del Consiglio di Stato n. 5375 del 29.10.2014.

In primis si osserva che la fattispecie oggetto di tale pronuncia era un appalto di lavori, laddove nel caso di specie si controverte sui criteri di aggiudicazione di un appalto di servizi.

Inoltre, in quel frangente il disciplinare di gara prevedeva comunque l'attribuzione di un punteggio positivo (e non già nullo) alle offerte che si fossero discostate dalla media aritmetica: in particolare, si disquisiva solo sulle modalità di attribuzione del punteggio massimo relativo al tempo di esecuzione delle opere, che sarebbe stato assegnato non all'offerta con il maggior ribasso, ma all'offerta media tra tutte quelle presentate e alle offerte superiori a detta media.

Sul punto è stato riconosciuto alla stazione appaltante *“il potere di privilegiare il profilo tecnico qualitativo e di non attribuire il punteggio maggiore all’offerta che presenti l’indicazione del minor tempo di effettuazione dei lavori, potendo privilegiare la previsione dell’esecuzione degli stessi in un tempo realisticamente congruo, invece di quella dell’esecuzione in un tempo inverosimilmente ridotto, non attribuendo punteggi aggiuntivi alle riduzioni superiori alla media delle riduzioni del tempo contrattuale”*.

In altri termini, l’individuazione di una soglia, oltre la quale alle miglorie (in termini di tempi più contenuti) non sarebbero stati attribuiti punteggi ulteriori, è stata congegnata come correttivo volto a scongiurare la proposta di tempistiche eccessivamente ridotte, con il rischio di ridondare a discapito della qualità delle opere da realizzarsi.

Nel caso di specie, viene attribuito un punteggio via via decrescente, fino ad annullarsi del tutto, alle offerte che, sotto il profilo della durata della prestazione (sia in termini di servizio ordinario di pulizia, sia di servizi aggiuntivi da espletarsi a fronte dell’apertura dell’Ateneo in caso di eventi straordinari), progressivamente si discostano, sia in eccesso che in difetto, dalla media.

16. Inconferenti sono poi le osservazioni contenute nella memoria ex art. 73 cod. proc. amm. della controinteressata, secondo cui i mezzi e le attrezzature sarebbero state offerte dalla ricorrente in *“quantità assolutamente sproporzionate, irrealistiche e non credibili, indicate nell’offerta al solo e vano fine di ottenere il maggior punteggio (...) ad abbassare artificialmente i costi della commessa (sulla carta) tant’è che, ad esempio, se si analizza il costo della manodopera dichiarata, il monte ore offerto, si ottiene un costo orario medio di euro 13,27 che è di gran lunga inferiore rispetto al costo medio tabellare previsto per la provincia di Viterbo pari a 17 euro circa”*.

In disparte ogni considerazione in merito alla appropriatezza del “mezzo” (memoria) utilizzato per introdurre in giudizio tale censura, è sufficiente evidenziare che la *causa petendi* che sorregge il ricorso verte sulla irrazionalità dei criteri di aggiudicazione dell’offerta previsti dalla *lex specialis*, e non anche sulla mancata aggiudicazione dell’appalto all’odierna ricorrente.

17. In conclusione, alla luce della accertata illegittimità dei criteri di valutazione in esame, il ricorso va accolto, con l'annullamento *in parte qua* degli atti di gara, nella parte in cui applicano i criteri di attribuzione dei sub-punteggi previsti dall'art. 12 del capitolato speciale di appalto con riferimento ai sotto-criteri P.1.a., P.1.b. e P.2.c.1., nonché del gravato provvedimento di aggiudicazione adottato a favore della controinteressata.

In accoglimento della richiesta di risarcimento del danno in forma specifica, va inoltre disposta la rinnovazione degli atti di gara (sul punto cfr. Cons. St., Sez. III, n. 6035/2018, cit., secondo cui quando oggetto di censura sono *“le stesse regole fondamentali poste a fondamento della valutazione delle offerte, sulla cui base si è svolta la selezione, e le dette regole siano state il frutto di procedure errate e scarsamente intelligibili che abbiano minato l'intero esito del confronto competitivo”*, con conseguente accertamento della loro illegittimità, *“l'utilitas – che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio può ritrarre – è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258)”*).

18. Le spese di lite vengono compensate in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Sezione Seconda Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto:

a) annulla il provvedimento di cui al Decreto del Direttore Generale prot. n. 1460 del 25 gennaio 2022, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione in via definitiva al costituendo RTI tra Tedeschi S.r.l. e Consorzio stabile Istant Service della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia degli immobili dell'ateneo, ivi compresa la fornitura dei materiali di consumo per i servizi igienici;

b) annulla gli atti di gara, nella parte in cui applicano il metodo previsto dall'art. 12 del capitolato speciale di appalto per l'attribuzione dei sub-punteggi con riferimento ai sotto-criteri P.1.a., P.1.b. e P.2.c.1.

Condanna l'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica a favore della ricorrente tramite rinnovazione della gara.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Francesca Santoro Cayro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Santoro Cayro

IL PRESIDENTE
Donatella Scala

IL SEGRETARIO