

Publicato il 07/06/2021

N. 04301/2021REG.PROV.COLL.
N. 08135/2020 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8135 del 2020, proposto da Lancar S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Marini e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco De Marini in Milano, via E. Visconti Venosta, n. 7;

contro

Azienda Trasporti Milanesi S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, n. 1010 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Trasporti Milanesi S.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2021, tenuta da remoto con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44, il Cons. Elena Quadri e dato per presente, ai sensi delle succitate disposizioni, l'avvocato Francesco De Marini, che ha depositato note di passaggio in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Lancar S.r.l. ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia il bando di gara telematica dell'Azienda Trasporti Milanesi (ATM) relativo all'appalto n. 3600000039 avente ad oggetto il “*Servizio di facility management per stabili, stazioni, parcheggi e rotabili*”, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, suddiviso in tre lotti (CIG Lotto 1: 8016669C87, CIG Lotto 2: 8016686A8F; CIG Lotto 3: 8016693059), non cumulabili, per un importo massimo complessivo per 36 mesi contrattuali prorogabili di 12 mesi di euro 144.989.630,00 + IVA, di cui euro 350.000,00 + IVA per oneri della sicurezza da interferenza non soggetti a ribasso ed euro 110.849.183,68 + IVA per costi della manodopera.

Il TAR Lombardia, con la sentenza segnata in epigrafe, ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse, rilevando che il bando impugnato non contenesse clausole impeditive della possibilità per l'operatore di formulare un'offerta consapevole e competitiva.

Lancar S.r.l. ha proposto appello contro la suddetta sentenza, deducendo i seguenti motivi di gravame:

I) *error in iudicando*; violazione e falsa applicazione dell'art. 24, comma 1, della Costituzione, art. 100 c.p.c., art. 39, comma 1, c.p.a.; violazione e falsa

applicazione della Direttiva 89/665/CEE; *error in procedendo e in iudicando*; erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto e manifesta contraddittorietà;

II) riproposizione dei motivi di primo grado: violazione e falsa applicazione art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per violazione dei principi di efficienza, efficacia, proporzionalità e buon andamento; eccesso di potere per manifesta contraddittorietà ed irragionevolezza;

III) in via subordinata, *error in procedendo*: violazione e falsa applicazione dell'art. 76, comma 4, c.p.a. e dell'art. 276, comma 2, c.p.c.

Si è costituita per resistere all'appello Azienda Trasporti Milanesi (ATM) S.p.a. Successivamente le parti hanno presentato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza del 20 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

E' oggetto di appello da parte di Lancar S.r.l. la sentenza del TAR Lombardia indicata in epigrafe, che ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il suo ricorso avverso il bando di gara telematica di ATM avente ad oggetto il “*Servizio di facility management per stabili, stazioni, parcheggi e rotabili*”, negando che il bando impugnato contenesse clausole impeditive della possibilità per l'operatore di formulare un'offerta consapevole e competitiva e che perciò fosse immediatamente lesivo (e impugnabile).

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha contestato la predetta declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, assumendo che il bene della vita cui aspira il concorrente ad una procedura ad evidenza pubblica (e rispetto al quale l'ordinamento nazionale e comunitario riconosce tutela) non consisterebbe nell'aggiudicazione *tout court*, bensì nell'aggiudicazione alle condizioni offerte dallo stesso concorrente; da ciò deriverebbe la immediata e concreta lesività della disciplina di gara che individui illegittimi criteri di aggiudicazione i quali, nell'impedire ai concorrenti l'elaborazione dell'offerta secondo i corretti precetti normativi,

priverebbero definitivamente ed irreversibilmente l'operatore economico della possibilità di ottenere l'aggiudicazione alle condizioni che esso avrebbe offerto ove i più volte citati criteri di selezione fossero stati conformi alla norma di legge. Sussisterebbe in tal caso la lesione immediata e diretta dell'interessato, ciò integrando la condizione di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a., che prevede l'onere di immediata impugnazione del bando o dell'avviso di gara solo "in quanto autonomamente lesivo".

Con il secondo motivo l'appellante ha poi riproposto i motivi del ricorso di primo grado, assumendo che la quasi totalità del punteggio attribuibile all'offerta tecnica (67 punti su 70) deriverebbe dall'applicazione di criteri rigidamente quantitativi, senza alcuno spazio valutativo alla commissione di gara, così svilendo la portata del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e determinando di fatto l'aggiudicazione secondo il solo prezzo offerto. Né potrebbe rilevare il fatto che per alcuni criteri sia stata prevista una graduazione di punteggio tra un minimo ed un massimo, atteso che tale graduazione sarebbe anch'essa rigidamente predeterminata dal bando di gara con una modalità sostanzialmente assimilabile al sistema *on/off*. Infatti lo stesso, pur prevedendo per taluni criteri la produzione di una descrizione esaustiva a corredo dell'offerta, non consentirebbe poi la valutazione da parte della commissione di tale descrizione ai fini dell'attribuzione del punteggio. Per la quasi totalità delle voci dell'offerta tecnica il disciplinare avrebbe previsto, invero, l'attribuzione di punteggi predeterminati ogni qual volta il concorrente avesse indicato di possedere la caratteristica richiesta e/o di offrire la prestazione predeterminata dalla stazione appaltante, trattandosi pertanto di punteggi c.d. "tabellari" (sostanzialmente fissi e predefiniti, da attribuire soltanto in ragione dell'offerta o della mancata offerta di quanto specificamente richiesto). Proprio in virtù della loro automaticità e predeterminatezza tali punteggi si distinguerebbero da quelli "discrezionali", il cui coefficiente è attribuito in ragione dell'esercizio della discrezionalità spettante alla stazione appaltante, e

risulterebbero affini ai punteggi “quantitativi”, il cui coefficiente è attribuito mediante applicazione di una formula matematica. Poiché sono predefiniti e devono essere applicati meccanicamente, i punteggi tabellari si presterebbero a dare indicazione della precisa soluzione tecnica voluta dalla stazione appaltante; pertanto, ove scelti quali criterio principale e predominante per l’attribuzione del punteggio tecnico, come avvenuto nel caso di specie, comporterebbero effetti distorsivi. La modalità di assegnazione dei punteggi individuata dagli atti gara eliminerebbe infatti la portata innovativa delle proposte dei concorrenti ed annullerebbe ogni valutazione discrezionale delle stesse da parte della commissione esaminatrice, conseguendone il rispetto solo in apparenza del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa; non potendosi distinguere sull’elemento qualitativo, le offerte sarebbero, invero, valutate necessariamente soltanto in termini di ribasso sul prezzo.

Con il terzo motivo l’appellante ha contestato, in via subordinata, per il caso in cui il Collegio ritenesse di confermare la statuizione di inammissibilità del ricorso introduttivo, l’inversione dell’ordine di trattazione delle questioni operata dalla sentenza, che avrebbe dapprima deliberato sul merito della controversia, ritenendo erroneamente che *«i criteri e sub criteri previsti dal bando e le connesse modalità di attribuzione del punteggio non contraddicono la scelta effettuata per il parametro dell’offerta economicamente più vantaggiosa»*, per poi scrutinare le condizioni dell’azione e dichiarare il ricorso inammissibile. Tale operato sarebbe contrario al principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice, principio che impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l’ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito. L’appellante ha in definitiva dedotto l’erroneità della sentenza che avrebbe dapprima valutato nel merito le censure dell’appellante e poi ritenuto che le stesse fossero inammissibili, in violazione del principio pacifico in base al quale la sussistenza dell’interesse ad agire deve essere valutata in astratto, con riferimento al contenuto della domanda.

ATM, costituendosi in giudizio, ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità dell'appello per violazione del dovere di specificità dei motivi sancito dall'art. 101, comma 1, c.p.a., in quanto Lancar non avrebbe articolato specifiche censure al capo di merito della pronuncia del TAR; ha altresì contestato la fondatezza dell'appello, sia in ragione della palese inammissibilità del ricorso di primo grado, perché rivolto contro il bando di gara che non contiene clausole escludenti o impeditive della partecipazione alla gara, sia perché infondato anche nel merito.

Così ricapitolati i temi della controversia, la Sezione è dell'avviso che l'appello sia infondato sotto tutti i profili di censura, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro stretta connessione.

Occorre rammentare che, secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, e, in precedenza, 7 aprile 2011, n. 4; 29 gennaio 2003, n. 1), l'immediata impugnazione del bando di gara si impone soltanto qualora esso contenga clausole direttamente ed immediatamente escludenti, che determinano, cioè, la radicale impossibilità di prendere parte alla procedura concorsuale, ovvero quando la legge di gara contenga disposizioni abnormi, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e, quindi, la formulazione di un'offerta consapevole; invero, solo in queste ipotesi la posizione dell'operatore economico può ritenersi immediatamente lesa dall'adozione delle clausole del bando e l'interesse all'impugnativa è concreto ed attuale.

Invero “Nel caso di ricorso giurisdizionale, la lesione dell'interesse del ricorrente deve essere caratterizzata dai caratteri dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità: deve, cioè essere una conseguenza diretta ed immediata del provvedimento lesivo e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, sussistere già al momento della proposizione del ricorso e persistere al momento della decisione su di esso.

I bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare

in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

Il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono essere considerati immediatamente impugnabili solo allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame?" (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1).

La legittimazione al ricorso è correlata infatti a una situazione differenziata, come risultato della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il ricorrente contesti in radice la scelta della stazione appaltante di indire la procedura oppure, in qualità di operatore economico di settore, l'affidamento diretto o senza gara, oppure ancora una clausola del bando escludente, in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione, o una clausola abnorme che gli impedisca di presentare un'offerta competitiva.

Tale ipotesi non ricorre nel caso di specie, in cui il bando articola i criteri di valutazione dell'offerta tecnica in diversi subcriteri, prevedendo nel complesso l'attribuzione di 70 punti; nell'ambito dell'articolazione in tali subcriteri solo 15 punti complessivi sono attribuibili sulla base di un'alternativa automatica di tipo *on/off*; gli ulteriori 55 punti sono invece distribuiti sulla base di un'articolata graduazione dei punteggi tra un minimo e un massimo, con previsione di valori intermedi, correlati a specifici profili tecnici.

L'articolazione di punteggi prevista dalla *lex specialis* risulta perfettamente coerente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che la stessa non contempla criteri di tipo rigorosamente quantitativo, ma si articola in subpunteggi predeterminati in relazione ai diversi profili tecnici delle offerte, consentendo di valorizzare quelle che presentano un maggior pregio tecnico. Inoltre, in relazione ad alcuni dei criteri previsti, il bando prevede la produzione di una analitica descrizione a corredo dell'offerta tecnica, che ne illustri le caratteristiche, facendo corrispondere alla stessa e al suo contenuto il punteggio attribuibile e valorizzando, pertanto, l'esercizio della necessaria discrezionalità tecnica della stazione appaltante nella valutazione alla stessa spettante.

Come affermato di recente dalla Sezione: *“non può essere ritenuta illegittima l'opzione di ... per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attraverso il quale la selezione è stata comunque svolta su aspetti di carattere qualitativo diversi ed ulteriori rispetto al prezzo della fornitura, ancorché valutati in base ad automatismi”* (Cons. Stato, V, 15 febbraio 2021, n.1313).

Per un altrettanto consolidato indirizzo giurisprudenziale la scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in subcriteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; tale discrezionalità è da ritenersi particolarmente significativa in un contesto normativo in cui, non essendo espressamente previsto l'obbligo di attribuire punteggi graduati tra un minimo ed un massimo ai singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è ravvisabile un diretto contrasto con la norma di legge nella scelta, da parte della stazione appaltante, di una modalità di attribuzione del punteggio di tipo *on/off*, in cui cioè vi è attribuzione del punteggio nel caso di ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla stazione appaltante. Invero *“il metodo di attribuzione*

si/no, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso. Ciò significa che comunque la valutazione dell'offerta ha tenuto conto della componente tecnica” (Cons. Stato, V, 26 marzo 2020, n. 2094).

La graduazione di punteggi prevista dal bando, che riserva adeguati spazi valutativi alla stazione appaltante, risulta coerente con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non preclude la presentazione di un'offerta ponderata da parte dell'appellante, né il bando di gara contempla requisiti o elementi tecnici tali da escludere a priori la possibilità di partecipazione alla procedura da parte della stessa.

Ne deriva che la *lex specialis* impugnata è priva di profili di immediata lesività, con conseguente inammissibilità dell'impugnazione proposta per carenza di interesse.

E' appena il caso di aggiungere che risulta corretto e coerente anche l'iter motivazionale utilizzato dal primo giudice che ha fornito una dettagliata analisi dei criteri di aggiudicazione risultanti dalla legge di gara, evidenziandone le concrete prescrizioni al fine di rilevarne la mancanza di concreta lesività in quanto non impeditive della partecipazione alla gara da parte dell'appellante.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2021, tenuta da remoto con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020,

n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Antonella Manziona, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO