

IL CRITERIO DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE ON/OFF
NON ESCLUDE DEL TUTTO IL GIUDIZIO DI MERITO
TECNICO DELLA COMMISSIONE, DOVENDOSI
COMUNQUE COMPROVARE IL POSSESSO
DELL'ELEMENTO PREMIANTE DICHIARATO DAL
CONCORRENTE

[TAR Lazio, sez. IV-bis, 5.4.2024 n. 6694](#)

L'utilizzo da parte della Stazione Appaltante del criterio di valutazione on/off delle offerte tecniche non determina l'assenza totale di qualsiasi verifica di merito tecnico.

Il criterio di valutazione on/off infatti consentirà al concorrente di acquisire il punteggio previsto sulla base della propria dichiarazione, ma questa dovrà essere fatta oggetto di una verifica in un momento successivo che valuti l'effettivo possesso degli elementi premianti.

Tale massima, espressa dal Consiglio di Stato nel 2020, viene confermata dal TAR Lazio con la sentenza n. 6694 del 2024.

Di seguito si riportano:

- a) La massima della pronuncia;
- b) Il testo integrale della sentenza;
- c) Il testo integrale del precedente richiamato.

Sez. A – Massima

IL CRITERIO DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE ON/OFF NON ESCLUDE DEL TUTTO IL GIUDIZIO DI MERITO TECNICO DELLA COMMISSIONE, DOVENDOSI COMUNQUE COMPROVARE IL POSSESSO DELL'ELEMENTO PREMIANTE DICHIARATO DAL CONCORRENTE

[TAR Lazio, sez. IV-bis, 5.4.2024 n. 6694](#)

<<Secondo la giurisprudenza *“il metodo di attribuzione sì/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”* (Cons. Stato, sez. V, 2094/2020)>>

Sez. B – Testo integrale della pronuncia

Publicato il 05/04/2024

N. 06694/2024 REG.PROV.COLL.

N. 16946/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16946 del 2023, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 99338822C2, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Liroi, Marco Martinelli, Pietro De Corato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Segretariato Generale- Dipartimento per i Servizi Strumentali, non costituito in giudizio;

nei confronti

Vodafone Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;
Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Ristuccia, Mario Di Carlo, Giulia Fabrizi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Di Carlo in Roma, piazza Cavour, 17;

per l'annullamento

- del decreto di aggiudicazione in favore di Vodafone, adottato in data 23/11/23 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segretariato Generale, Dipartimento per i servizi strumentali, Ufficio Patrimonio, Gare e Contratti (“Aggiudicazione”), comunicato a TIM a mezzo PEC, ai sensi dell'art. 76, c. 5, lett. a), del D.lgs. n. 50/16 (“Codice”), con nota prot. DSS-0010826-P del 27/11/23 (parimenti impugnata; doc. 2), della procedura di gara avente ad oggetto l'appalto specifico n. 3621567, CIG n. 99338822C2, indetto dalla Presidenza per la fornitura di beni e servizi necessari per la realizzazione del nuovo sistema di comunicazione unificata e collaborazione della medesima Presidenza, espletato, ai sensi degli artt. 55 e 61 del Codice, attraverso il Sistema Dinamico di Acquisizione della P.A. (SDPA ICT – ID 2325) (“Gara”);

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, tra cui, ove occorrer possa, tutti i verbali della Commissione giudicatrice e, in specie, dei verbali nn. 2 del 6/11/23 e 3 del 10/11/23, e relativi

allegati (rispettivamente, “Verbale n. 2” e “Verbale n. 3”; doc. 4-5), nei termini meglio precisati infra, la graduatoria della Gara nella parte in cui Vodafone non è stata esclusa e TIM non è stata collocata al primo posto, la proposta di aggiudicazione formulata dal RUP con nota del 21/11/23 (doc. 6);
per il conseguimento dell’aggiudicazione del contratto previa declaratoria di inefficacia di quello eventualmente stipulato nelle more fra la Presidenza e Vodafone, con espressa dichiarazione di TIM di disponibilità al subentro nello stesso (ex artt. 122 e 124 c.p.a.).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di Vodafone Italia S.p.a. di Fastweb S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024 la dott.ssa Dalila Satullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo Telecom Italia S.p.a. ha premesso in fatto che: con lettera di invito del 29 giugno 2023 la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha indetto una gara per la fornitura di beni e servizi necessari per la realizzazione del nuovo sistema di comunicazione unificata e collaborazione della medesima Presidenza, espletata attraverso il sistema dinamico di acquisizione della p.a., per la durata di quarantotto mesi, secondo il criterio dell’offerta

economicamente più vantaggiosa, con 70 punti riservati all'offerta tecnica e 30 punti riservati all'offerta economica; in base ai requisiti tecnici RT.1 ed RT.2, sarebbe spettata l'attribuzione di quattro punti (due per ciascun requisito), in caso di miglioramento del sistema di identificazione/riconoscimento e prioritizzazione, secondo quanto specificato nella tabella 2, pag. 24, del capitolato d'oneri; i requisiti economici RE.5 e RE.6 prevedevano l'attribuzione di massimo quattro punti (due per ciascun requisito), in relazione, rispettivamente, al costo di migrazione sede HQ Colonna presso un sito differente indicato dall'amministrazione, comprensivo dei servizi di installazione e configurazione e supporto alla migrazione, ed al costo da sostenere per l'aggiunta di una sede al progetto; alla gara hanno partecipato la ricorrente, nonché Vodafone S.p.a. e Fastweb S.p.a.; in particolare, la ricorrente, in sede di offerta, ha indicato la sussistenza degli elementi migliorativi per i requisiti RT.1 e RT.2 e ha indicato per i requisiti RE.5 e RE.6 il costo di euro 0,01; la commissione dopo aver esaminato le offerte, ha assegnato, per i requisiti RT.1 e RT.2, due punti sia a Fastweb che a Vodafone, mentre a TIM 0 (zero) punti; per quanto concerne i requisiti RE.5 e RE.6, TIM e Fastweb hanno conseguito un punteggio pari a 0 mentre Vodafone ha conseguito il massimo punteggio di 4 punti; la commissione ha quindi stilato la graduatoria assegnando a Vodafone il punteggio totale di 87,33, a Fastweb il punteggio totale di 85,06 ed a TIM il punteggio totale di 78,98; a seguito dell'aggiudicazione in favore di Vodafone, comunicata a TIM in data 27 novembre 2023, quest'ultima ha presentato richiesta di accesso difensivo riscontrata solo parzialmente in data 15 dicembre 2023. La ricorrente ha pertanto chiesto, previa concessione di idonee misure cautelare anche monocratiche, l'annullamento del decreto di aggiudicazione nonché, ove necessario, dei verbali della commissione

giudicatrice, della graduatoria e la proposta di aggiudicazione deducendo due motivi:

1) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del Codice; dei §§ 8, 11, 11.1, 11.2 e 11.5 nonché della Tabella 2 del Capitolato d'Oneri; dei Chiarimenti RC.50, RC.52, RC.53; dei principi di ragionevolezza, dell'autovincolo, di legittimo affidamento, della par condicio competitorum. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, disparità di trattamento, illogicità e ingiustizia manifesta, sviamento.* Sotto tale profilo parte ricorrente evidenzia che essa ha offerto esattamente il miglioramento richiesto dai requisiti RT.1 e RT.2 e dai relativi chiarimenti; che nella demo di cui alla seduta della commissione del 23 ottobre 2023, TIM ha ulteriormente dimostrato le funzionalità migliorative offerte in relazione ai predetti requisiti tecnici. In particolare, con riferimento al miglioramento del sistema di identificazione/riconoscimento, ha comprovato che la nuova soluzione consente la riduzione del numero di tasti Line sulla TradeBoard per identificare gli utenti VIP, permettendo una più semplice e rapida identificazione del singolo utente VIP che sta chiamando; mentre con riferimento alla prioritizzazione delle chiamate, ha dimostrato che la nuova soluzione offre la possibilità di definire fino a 16 diversi livelli di priorità per assegnazione a comportamenti diversi nelle code di chiamata ed al comportamento degli squilli; inoltre la prioritizzazione delle chiamate VIP avviene grazie all'identificazione dell'unico numero assegnato all'utente VIP, indipendentemente dal terminale da esso utilizzato. La valutazione dell'offerta di TIM è quindi affetta da grave errore di fatto, difetto di istruttoria e di motivazione, non avendo l'amministrazione attribuito a TIM alcun punteggio per il

miglioramento effettivamente offerto e comunque contestato alla società l'assenza del miglioramento offerto durante la demo.

2) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83, c. 9, e 95 del Codice; dei §§ 9, 11, 11.1, 11.3, 11.5 e 16.9 nonché della Tabella 3 del Capitolato d'Oneri; dei principi di ragionevolezza, dell'autovincolo, di legittimo affidamento, di autoresponsabilità dell'operatore economico, della par condicio competitorum. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, disparità di trattamento, illogicità e ingiustizia manifesta, sviamento.* A tale riguardo parte ricorrente rappresenta che l'offerta economica di Vodafone era pari ad euro 0,00 per i requisiti RE.5 e RE.6 e che ciò comportava l'impossibilità di applicare la formula aritmetica prevista per i predetti requisiti. Ciò nonostante, la commissione, non solo ha applicato ugualmente la formula per l'offerta di Vodafone, ma le ha altresì attribuito il punteggio massimo di 4 punti, assegnando invece 0 punti a TIM e a Fastweb. L'amministrazione, al contrario, avrebbe dovuto escludere Vodafone avendo quest'ultima presentato un'offerta non conforme alla *lex specialis* e pertanto inammissibile, o in subordine, non le avrebbe dovuto assegnare alcun punteggio in relazione ai predetti requisiti.

Si è costituita in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri deducendo l'irricevibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza dei motivi del ricorso. Con riferimento al primo motivo di ricorso, si evidenzia che: l'amministrazione non era tenuta a motivare specificamente la propria valutazione, essendo a tal fine sufficiente l'attribuzione del punteggio secondo i criteri puntuali indicati nella legge di gara; l'amministrazione non era in alcun modo tenuta a contestare l'assenza del predetto miglioramento nella seduta in cui si è svolta la demo, non essendo quella la sede per istaurare con gli offerenti un contraddittorio sulle

rispettive offerte e, in ogni caso, non essendo possibile per i concorrenti colmare lacune e difetti dell'offerta, imm modificabile nel corso della gara; secondo la costante giurisprudenza amministrativa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità da cui consegue l'insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiati da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza tecnica manifesta. Con riferimento al secondo motivo di ricorso, si rappresenta che: in caso di rigetto del primo motivo di ricorso, il secondo sarebbe improcedibile per difetto di interesse, atteso che TIM resterebbe comunque seconda alle spalle di Fastweb il cui punteggio è pari a 85,06; il secondo motivo di ricorso sarebbe comunque irricevibile, atteso che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare la lettera di invito ed il capitolato di oneri, contenente le formule che si assumono assurde o erranee; il motivo sarebbe comunque infondato atteso che né la lettera di invito né i relativi allegati vietavano ai concorrenti di offrire euro 0 in corrispondenza di uno o alcuni dei beni o dei servizi che concorrevano a determinare l'oggetto; in ogni caso, la scelta della formula matematica da applicare è ampiamente discrezionale e comunque l'applicazione della formula ha consentito di graduare correttamente, nel loro complesso, le offerte economiche.

Si sono costituite in giudizio le controinteressate Fastweb e Vodafone, quest'ultima depositando anche memorie in cui ha contestato la ricevibilità e la fondatezza del ricorso.

Con decreto del 29 dicembre 2023 il Presidente ha accolto l'istanza di sospensione, non confermata dal collegio con ordinanza del 15 gennaio 2024, non appellata.

A seguito del deposito di memorie e repliche, all'udienza del 21 febbraio 2024, la causa è stata trattenuta in decisione, previa discussione.

2. Il primo motivo di ricorso è infondato e va pertanto rigettato.

Come evidenziato anche recentemente dal Consiglio di Stato *“per giurisprudenza costante, la valutazione delle offerte e, del pari, l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, è espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, così che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di legittimità, ad eccezione dell'ipotesi in cui si ravvisi manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti”* (v. Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1911). In particolare, in materia di procedure di gara, la giurisprudenza ha evidenziato che *“per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice, non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto”* (v. tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2023, n. 7942, punti 17.2 e 17.3. della motivazione).

Ciò premesso, nel caso in esame i requisiti RT.1. e RT.2 prevedevano l'attribuzione di 2 punti o di 0 punti (cd. natura “on/off” del criterio) a seconda che fossero o meno presenti i seguenti miglioramenti: 1) numeri interni privilegiati: miglioramento del sistema di Identificazione/riconoscimento e prioritizzazione automatica di una chiamata in entrata al PO/Trading Board da parte di un utente VIP che chiama dall'interno del suo ufficio premendo un tasto prefigurato del suo telefono [attualmente questo servizio viene erogato assegnando numero di interno (univoco per ogni utente VIP)]; 2) numeri personalizzati: miglioramento del sistema di Identificazione/riconoscimento e prioritizzazione di una chiamata in entrata PO/Trading Board da parte di un utente VIP che chiama il centralino *extra ed ultra moenia* [attualmente questo servizio viene erogato

assegnando numero di selezione passante (univoco per ogni utente VIP) non raggiungibile dall'interno].

Inoltre l'amministrazione, in sede di chiarimenti (RC.52 e RC.53), ha ulteriormente precisato che: con riferimento al requisito RT.1 essa era interessata *“principalmente a migliorare il riconoscimento delle chiamate che pervengono al Posto Operatore da parte di un'utenza VIP a prescindere dal dispositivo utilizzato (Terminale telefonico IP, Smartphone, client Teams) e mediante l'introduzione di meccanismi che consentano sia di garantire visibilità per l'operatore di eventuali chiamate VIP in arrivo, sia di dare priorità alle telefonate VIP rispetto alle altre chiamate eventualmente in gestione al Posto Operatore”*; con riferimento al requisito RT.2, essa era interessata *“principalmente a migliorare l'efficacia e la sicurezza del meccanismo di autenticazione utilizzato per l'utente VIP che chiama il centralino extra et ultra moenia (es. introduzione di un sistema di autenticazione basato su PIN, blacklist automatica dopo N tentativi errati, etc) e all'introduzione di meccanismi che consentano sia di garantire visibilità per l'operatore di eventuali chiamate VIP in arrivo, sia di dare priorità alle telefonate VIP rispetto alle altre chiamate eventualmente in gestione al Posto Operatore”*.

Secondo la giurisprudenza *“il metodo di attribuzione sì/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”* (Cons. Stato, sez. V, 2094/2020).

Nel caso in esame, non può ritenersi che l'attribuzione alla società ricorrente di un punteggio pari a 0 (off), per i requisiti RT.1 e RT.2, sia manifestamente erronea, spettando comunque all'amministrazione verificare in concreto se l'offerta

realizzi un effettivo miglioramento del sistema attualmente in uso, in conformità a quanto richiesto dal requisito tecnico.

Ed infatti, Telecom Italia S.p.a., nella scheda di offerta tecnica di cui all'allegato 7 al capitolato d'onori, ha descritto in tal modo il miglioramento offerto: *“la funzione verrà realizzata ottimizzando ad un'unica linea, quindi ad unico pulsante sul sistema di identificazione/riconoscimento e prioritizzazione automatica di una chiamata in entrata alla Trading Board da parte di un utente VIP, sia quando chiamerà dall'interno del suo ufficio premendo un tasto preconfigurato (Numeri interni*

privilegiati), che quando chiamerà extra et ultra moenia (Numeri personalizzati)”.

L'amministrazione ha rilevato che tale asserito miglioramento non fosse quello richiesto dalla legge di gara ai fini dell'attribuzione del punteggio: dalla descrizione effettuata dalla ricorrente nell'offerta emerge, infatti, che il miglioramento consiste nella previsione di un'unica linea ed un unico pulsante sul sistema di identificazione/riconoscimento e prioritizzazione automatica di una chiamata in entrata alla Trading Board da parte di un utente VIP, senza che ciò si risolva in un miglioramento del sistema di riconoscimento e identificazione dell'utente VIP.

Ciò appare peraltro confermato:

1) sia dallo stesso contenuto della DEMO (allegato 19), nella quale, sotto la voce *“migliorie”* (diapositiva n. 13) vengono indicate: *“Semplificazione del lavoro degli Operatori; Riduzione dei tasti utilizzati (e quindi le linee utilizzate), maggiore disponibilità di linee rispetto a quelle attuali”*. Trattasi quindi di una modifica che, seppure comporta una semplificazione dell'interazione dell'operatore con il sistema, non assicura un migliore riconoscimento e prioritizzazione delle utenze VIP;

2) sia, evidentemente, dal confronto tra l'asserito miglioramento offerto da Tim, sopra riportato, e quello offerto da Vodafone, che ha ottenuto infatti 2 punti per ciascuno dei criteri in contestazione (v. pag. 13 della memoria difensiva dell'amministrazione); Vodafone, infatti, ha ampiamente descritto il miglioramento proposto, sia sotto il profilo del riconoscimento dell'utenza VIP (*"la postazione operatore Mittel Inattend garantisce un miglioramento del sistema di Identificazione/riconoscimento e prioritizzazione automatica di una chiamata in entrata al PO da parte di un utente VIP che chiama dall'interno del suo ufficio premendo un tasto preconfigurato del suo telefono che non necessiterà più di un numero interno univoco per ciascun VIP, in quanto il posto operatore identificherà l'utente VIP sia in caso di chiamata con tasto dedicato dal proprio interno telefonico, che da qualsiasi altro dispositivo ad esso associato con numerazione presente nella rubrica centralizzata"*) sia del sistema di priorità tra diversi livelli gerarchici (tra gli altri: *"possibilità del posto operatore di effettuare "cherry picking" sulle chiamate in ingresso (selezionare manualmente una chiamata da prendere dall'elenco di una coda anche se non ha acquisito ancora la prima posizione) laddove un operatore ritenga prioritaria una specifica chiamata, al netto del fatto che tutte le chiamate degli utenti VIP potranno essere messe visivamente ed acusticamente in evidenza"; "sarà possibile creare delle code ad hoc dedicate ai singoli VIP categorizzabili anche per livelli gerarchici di priorità, in questo modo utilizzando il tasto dedicato sul telefono potranno raggiungere il posto operatore non venendo visualizzati nella normale coda di chiamate in ingresso, ma su una propria coda prioritaria"*).

Pertanto, alla luce di quanto appena esposto, deve ritenersi corretta la valutazione dell'amministrazione secondo cui la società ricorrente, in sede di presentazione della domanda, non ha allegato e comprovato il miglioramento

richiesto ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio, risultando l'offerta sotto tale profilo generica e sostanzialmente carente rispetto a quanto richiesto nella *lex specialis*.

Né a diverse conclusioni può giungersi valorizzando il doc. n. 22, prodotto dalla ricorrente in data 31 gennaio 2024, contenente "Dichiarazione, ai sensi degli artt. 38, 46, 47, 75, 76 e 77bis del D.P.R. 445/2000, con Relazione tecnica, in merito alla rispondenza ai requisiti RT.1 e RT.2", redatta dal produttore del sistema "OpenScope Xpert" di Unify Italy S.r.l., offerto dalla ricorrente in miglioramento. Ed infatti tale documento descrive ampiamente e specificamente i miglioramenti in ordine al riconoscimento ed alla prioritizzazione (si tratta di ben 19 pagine di descrizione del sistema); tali miglioramenti non appaiono tuttavia desumibili dalla domanda, che non può essere oggetto, sotto tale profilo, di una successiva integrazione o modifica né in corso di gara né tanto meno in giudizio, pena la violazione del principio della *par condicio* tra gli operatori economici (sulla impossibilità di integrazione dell'offerta tecnica mediante atti estranei rispetto a quelli di gara v. Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 290).

3. In considerazione del rigetto del primo motivo, il ricorso va per il resto dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

Ed infatti, anche ove, in accoglimento del secondo motivo di ricorso, Fastweb venisse esclusa oppure, per i criteri RE.5 e RE.6, venissero attribuiti 0 punti a Fastweb e 4 a Telecom Italia, prima in graduatoria diverrebbe l'attuale seconda classificata Vodafone Italia S.p.a. che ha ottenuto 85,06 punti a fronte dei 82,98 punti che potrebbe ottenere Fastweb con l'accoglimento del secondo motivo di ricorso.

4. Tenuto conto della complessità della controversia e della particolarità delle questioni trattate, le spese processuali possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Dalila Satullo, Referendario, Estensore

Marco Arcuri, Referendario

L'ESTENSORE

Dalila Satullo

IL PRESIDENTE

Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO

Sez. C – Precedente richiamato

[Cons. Stato, sez. V, 26.3.2020 n. 2094](#)

Publicato il 26/03/2020

N. 02094/2020REG.PROV.COLL.

N. 05224/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 5224 del 2019, proposto da EPM s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 284;

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, Consip s.p.a., A.N.A.C. - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

I.C. Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Di Ienno ed Alessandra Calabro', con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandra Calabro' in Roma, via Piemonte, 26;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza), n. 5743/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico, di Consip s.p.a. e dell'A.N.A.C. - Autorita' Nazionale Anticorruzione, nonché di I.C. Servizi s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Malinconico, l'avvocato dello Stato Marrone, e Di Ienno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La EPM s.r.l., gestore uscente del servizio, ha interposto appello nei confronti della sentenza 8 maggio 2019, n. 5743 del Tribunale amministrativo regionale per

il Lazio, sez. III ter, che ha respinto il suo ricorso avverso l'aggiudicazione, in favore della I.C. Servizi s.r.l., in data 20 dicembre 2018, del lotto n. 2 della procedura di gara indetta tramite SPADA (sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione) dal Ministero dello Sviluppo Economico-M.I.S.E. per l'affidamento dell'appalto dei "servizi di pulizia delle proprie sedi di Roma, in via Molise 2 e 19, via Sallustiana 53, via Antonio Bosio 15, via dell'Umiltà 83, viale America 201, viale Boston 25 ed in via Tor San Giovanni 280", nonché avverso la *lex specialis* di gara.

Con bando di gara pubblicato nella G.U.R.I. n. 30 del 13 marzo 2017 Consip ha istituito un sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per la fornitura dei servizi di pulizia ed igiene ambientale per gli immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni (c.d. SPADA), suddiviso in due categorie merceologiche ("servizi di pulizia e igiene ambientale" e "servizi di pulizia e igiene ambientale e servizi connessi di ausiliario") dal valore complessivo di euro 900 milioni e di durata pari a quattro anni.

Il capitolato d'oneri allegato al bando prevedeva che «*i singoli appalti specifici saranno aggiudicati sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo*».

I criteri di valutazione delle offerte, per come descritti nell'Appendice 1-A del capitolato d'oneri dello SPADA, si basano sul principio "on/off", secondo cui in presenza dell'elemento richiesto è attribuito un punteggio predeterminato, in assenza è attribuito un punteggio pari a zero. Solamente due criteri consentono una graduazione dei punteggi, da assegnare sempre in via automatica rispetto alle caratteristiche oggettive dell'offerta: il criterio n. 7, relativo alla "rumorosità dei macchinari per la pulizia" (per il quale era possibile attribuire da 3 a 4 punti a seconda dei decibel prodotti durante l'utilizzo), ed il criterio n. 8, relativo alla

“efficienza energetica dei macchinari aspirapolvere e contenimento delle polveri riemesse” (per il quale era possibile attribuire da 2 a 4 punti, a seconda della classe energetica e dell’inquinamento dell’area prodotto).

Nell’appalto specifico indetto dal MISE non è neppure stato esercitato quel residuale margine di discrezionalità concesso dal capitolato d’oneri (nei limiti del 20 per cento del punteggio tecnico complessivo), essendosi deciso di attribuire la totalità del punteggio secondo criteri automatici di tipo *on/off*.

Con il ricorso in primo grado la EPM s.r.l., risultata graduata al ventisettesimo posto con 68 punti per la parte qualitativa e 16,36 per la parte economica dell’offerta, ha impugnato l’aggiudicazione, la *lex specialis* e gli atti di gara deducendone l’illegittimità in considerazione del fatto che il sistema di standardizzazione dell’offerta tecnica e delle relative valutazioni vulnera il criterio di aggiudicazione del migliore rapporto qualità/prezzo, per violazione dell’art. 95, comma 10-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella considerazione che l’elemento quantitativo del prezzo abbia assunto un’incidenza certamente superiore al 30 per cento, ed, ancora, per violazione dell’art. 55 del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto la norma consente il ricorso allo SPADA a condizione che si tratti di acquisti di uso corrente, caratteristica di cui sono privi i servizi di pulizia.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso nell’assunto che risulta rispettata la disposizione di cui all’art. 95, comma 10-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016 sia nell’appalto specifico, che da Consip con il sistema SPADA, essendo mantenuti i parametri dei 70 punti per l’offerta tecnica e dei 30 per l’offerta economica; *«la circostanza che i punteggi tecnici previsti vengano per la quasi totalità assegnati con il sistema on/off non determina alcuna lesione della effettiva valutazione degli elementi qualitativi dell’offerta; al contrario il sistema individua un criterio che garantisce un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici, in quanto,*

per la tipologia di servizio oggetto di gara, sono stati valutati preventivamente dall'amministrazione tutti i requisiti tecnici che devono essere offerti, essendo a tal fine sufficiente il sistema on/off che consente di testarne il possesso».

3.- Con l'appello la EPM s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, reiterando, alla stregua di motivi di critica della medesima, le censure di primo grado.

4. - Si sono costituiti in resistenza il MISE, l'A.N.A.C., la Consip s.p.a., da una parte, e la I.C. Servizi s.r.l dall'altra parte, controdeducendo ai motivi di appello e chiedendone la reiezione; la controinteressata ha altresì riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. le eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso introduttivo, assorbite in primo grado, e motivate nell'assunto della tardività e strumentalità dell'impugnazione della *lex specialis* recante il criterio di valutazione delle offerte.

5. - All'udienza pubblica del 16 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello deduce la violazione dell'art. 95, comma 10-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella considerazione, non condivisa dalla sentenza appellata, che la previsione, da parte della *lex specialis*, di criteri automatici di tipo *on/off* per la quasi totalità dei parametri di valutazione, non accompagnata dalla possibilità di attribuzione di punteggi differenziati tra un minimo ed un massimo, abbia comportato lo snaturamento del criterio di aggiudicazione prescelto, determinando un appiattimento tra le varie proposte tecniche (per le quali non era neppure richiesta la relazione tecnica), sì che determinante è divenuto solamente il prezzo più basso, pur trattandosi di servizi ad alta intensità di manodopera (cui è applicabile l'art. 95, comma 3, dello

stesso *corpus* legislativo). Deduce che la effettività della valutazione qualitativa non sia garantita dal rispetto del rapporto 70/30, anche perché il MISE non ha neppure inteso utilizzare quei ridotti margini di discrezionalità concessi dalla Consip, attraverso l'individuazione di criteri di valorizzazione della componente qualitativa nei limiti del 20 per cento del punteggio massimo previsto dallo SPADA (punto 2.5 del capitolato d'oneri). Anche l'A.N.A.C., nelle Linee guida n. 2 e n. 5 del 2016, consente di adottare criteri *on/off* solamente ad elementi valutativi del tutto diversi rispetto a quelli individuati dalla centrale di committenza.

Il motivo, seppure complesso, è infondato.

E' opportuno ricordare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui 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 sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorchè sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602; III, 2 maggio 2016, n. 1661; V, 18 giugno 2015, n. 3105).

Tale discrezionalità appare particolarmente significativa in un contesto normativo in cui non è espressamente previsto l'obbligo di attribuire punteggi graduati tra un minimo ed un massimo ai singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ne consegue che 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.

L'appellante configura la violazione dell'art. 95, comma 10-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, che, allo scopo di assicurare l'effettiva individuazione del migliore rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta ed individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

Il Collegio non condivide, nella sua radicalità, tale tesi, in quanto 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, come dimostra l'intervenuta attribuzione ai vari concorrenti di punteggi per il merito tecnico compresi (e dunque differenziati) tra 62 e 70. L'appiattimento del punteggio, denunciato dall'appellante, a rigore, come si evince anche dalle Linee guida n. 2 del 2016 dell'A.N.A.C., si sarebbe determinato ove oggetto di valutazione fossero stati i requisiti minimi di partecipazione, anziché il possesso di tecniche differenti, secondo quanto richiesto dalla *lex specialis*.

Occorre anche considerare che la graduazione del punteggio nella procedura in esame è stata comunque parzialmente consentita, in particolare, per quanto sembra evincibile dall'appendice 1 al capitolato d'oneri Consip, fino a quattro punti in ragione della potenza sonora dei macchinari che gli operatori economici intendevano offrire per la pulizia degli ambienti (punto B7), e tra due e quattro punti in relazione alla classe di efficienza energetica e/o di riemissione delle polveri delle aspirapolveri offerte (punto B8), per un totale, dunque, di sei punti (da attribuire in modo discrezionale) su settanta dell'offerta tecnica.

Giova aggiungere che nella fattispecie controversa non è dimostrata l'abnormità della scelta tecnica, ma, in definitiva, denunciata l'opinabilità di un metodo, di per sé non *contra legem*, che riguarda i servizi di pulizia ed igiene ambientale, per i quali, ove anche riconducibili tra i servizi ad alta intensità di manodopera (*labour intensive*), è prescritto solamente il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Neppure è contestata dall'appellante l'erronea applicazione dei meccanismi della *lex specialis* alla sua offerta, ipotesi nella quale sarebbe (stato) possibile il sindacato giurisdizionale, in quanto non impingente nel merito di una valutazione di per sé opinabile, allo scopo di una ridefinizione dei punteggi discrezionalmente assegnati, ma solamente volto alla verifica della corretta valutazione di elementi fattuali ignorati (Cons. Stato, V, 5 maggio 2019, n. 2893).

Al contrario, è inammissibile, perché impinge nel merito delle scelte riservate all'amministrazione, la doglianza volta a contestare la mancata utilizzazione, da parte della stazione appaltante, dei criteri di valorizzazione della componente qualitativa previsti dal punto 2.5 del capitolato d'oneri.

2. - Il secondo motivo deduce poi la violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ. per avere la sentenza omissa di pronunciarsi sul motivo con cui era stata allegata l'incompatibilità del sistema dinamico di acquisizione con il tipo di servizio (di pulizia) da affidare, consentendolo l'art. 55 del d.lgs. n. 50 del 2016 solamente per acquisti di uso corrente, con caratteristiche standardizzate.

Anche tale motivo, seppure problematico e non direttamente trattato dal primo giudice, è infondato.

Il sistema dinamico di acquisizione è un procedimento interamente elettronico per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, aperto per tutta la

sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione (art. 3, lett. aaaa, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Il servizio di pulizia risente di tanti elementi, oltre che del fattore umano, dei macchinari e dei prodotti utilizzati, nessuno dei quali ne esclude peraltro la natura di acquisto di uso corrente (tale è il parametro di legge, e non già quello del “servizio standardizzato”, che era contemplato nel precedente regime di cui al d.lgs. n. 163 del 2006).

Non appare dunque postulabile la dedotta incompatibilità dello SPADA per i servizi di pulizia ed igiene ambientale di cui necessitano le amministrazioni, aventi di regola le medesime caratteristiche.

3. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto, il che esime il Collegio dalla disamina delle eccezioni preliminari riproposte dalla appellata società I.C. Servizi.

La particolare complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle 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.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO