

APPALTI - BANDO - CRITERI DI VALUTAZIONE OFFERTA - METODO ON/OFF - APPIATTIMENTO OFFERTE - INSUSSISTENZA - LEGITTIMITA'

È legittima la previsione nella *lex specialis* di criteri automatici di tipo on/off per la quasi totalità dei parametri di valutazione qualora, tale scelta, non determini alcuna lesione della effettiva valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta e sia idonea a garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2094/2020

Pubblicato il 26/03/2020

N. 02094/2020REG.PROV.COLL.

N. 05224/2019 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 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 ausiliariato") 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 prodotta).

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'onere). 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'onere.

2. - Il secondo motivo deduce poi la violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ. per avere la sentenza omesso 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 Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO