

Pubblicato il 19/02/2021

N. 01497/2021REG.PROV.COLL.
N. 06771/2020 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 6771 del 2020, proposto da
Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

contro

Ministero dell'Interno, Agenzia del Demanio, Ufficio Territoriale del Governo di Milano, 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

Garage Autostrada s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Autoparco Fiorenza s.r.l., Autoparco Giambellino s.r.l., Centrauto s.r.l., Garage Autostrada Lainate s.r.l., Cerabino Vito, Carrozzeria Fratelli Bianco di Bianco Giovanni e Francesco s.n.c., Bove Luigi Automobili s.r.l.,

Autodemolizioni Mauro s.r.l., Alfa Auto Carrozzeria di Salerno Giovanni, Autoriparazioni Flli Mascolino di Mascolino Giuseppe, Pietropaolo & C. s.n.c., Autoparco Santabarbara s.r.l., Silva & C. s.r.l., Torino s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Altieri, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sez. IV, n. 1414/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno-U.T.G. di Milano e dell'Agenzia del Demanio, nonché del R.T.I. con capogruppo la Garage Autostrada S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2021 il Cons. Stefano Fantini; sono presenti alla discussione da remoto gli avvocati Invernizzi, Sandulli e Altieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-L'impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 22 luglio 2020, n. 1414 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. IV, che ha respinto il suo ricorso esperito in via principale avverso il provvedimento in data 13 gennaio 2020 del Prefetto di Milano, che ne ha disposto l'esclusione dalla procedura aperta telematica per *“l'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214 bis del d.lgs. n. 285/1992”* nella provincia milanese per mancato raggiungimento della soglia di punteggio tecnico minimo.

Il servizio oggetto dell'affidamento riguarda il trasferimento dei veicoli colpiti da sequestro amministrativo, fermo o confisca in aree di deposito

dell'appaltatore (c.d. depositerie), per essere poi, alle rispettive condizioni di legge, restituiti ai proprietari, demoliti od acquistati dall'appaltatore.

La procedura aperta prevedeva il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione alla quale la *lex specialis* fissa un punteggio tecnico di sbarramento (punti 42,00 su 70,00), il mancato raggiungimento del quale preclude l'esame dell'offerta economica. I settanta punti previsti per l'offerta tecnica risultano così distribuiti : a) fino a 35,00 punti per le “*modalità di svolgimento ordinario del servizio*”; b) fino a 28,00 punti per le “*modalità di gestione di situazioni straordinarie*”; c) fino a 7,00 punti per le “*modalità di gestione informatica dei dati relativi ai veicoli sottoposti a sequestro, fermo o confisca*”.

La società Sangalli ha offerto per il parametro *sub a*) la messa a disposizione di quattordici carri attrezzi, per il parametro *sub b*) l'offerta è stata quella di affiancare ai quattordici carri attrezzi più servizi e mezzi speciali per garantire il servizio in ogni concepibile “*situazione straordinaria*”. Ha però conseguito solamente 41,54 punti tecnici, inidonei a superare la soglia di sbarramento tecnico dei 42,00 punti prevista dalla *lex specialis*. Tale giudizio è motivato in considerazione dell'inadeguatezza del numero di veicoli offerti in funzione del parametro *sub b*), in relazione alle possibili esigenze straordinarie di intervento, nonché al computo, rilevante per entrambi i parametri, di soli tredici mezzi.

2. - Con il ricorso in primo grado la Sangalli s.r.l. ha impugnato la sua esclusione, articolando alcune censure (la prima e la terza) volte ad ottenere la riammissione alla gara ed altre, in via subordinata, idonee a caducare la gara; in particolare è stata contestata, anche sotto il profilo del difetto motivazionale, la circostanza della ritenuta esiguità del numero di carri attrezzi nell'assunto che si tratta di un servizio richiedente, secondo l'esperienza, quattordici interventi al giorno; è stata inoltre censurata la mancata predeterminazione di sotto parametri per la valutazione dell'offerta tecnica; la contestazione si è estesa inoltre all'accreditamento di soli tredici veicoli, a

fronte dei quattordici offerti in forza di avvalimento operativo con l'ausiliaria Nila Car di Maria Alicino, nell'assunto che i documenti dell'avvalimento risultino privi della firma digitale, asseritamente prescritta (a pena di esclusione) dal disciplinare di gara; da ultimo, la ricorrente ha lamentato che i commissari abbiano espresso identici coefficienti per i tre parametri di valutazione, espressione di una valutazione approssimativa che inficia la bontà del giudizio collegiale.

3. - La sentenza appellata ha respinto tutti motivi di ricorso.

4.- Con il ricorso in appello la società Sangalli ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado, reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, in via principale la prima e la terza, in subordine la seconda e la quarta.

5. - Si sono costituite in resistenza il R.T.I. Garage Autostrada s.r.l., l'U.T.G.-Prefettura di Milano, nonché l'Agenzia delle Entrate, chiedendo la reiezione del ricorso.

6. - All'udienza pubblica del 4 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo critica la statuizione di reiezione della censura con cui è stata contestata l'attribuzione del punteggio per i parametri 1 e 2, rappresentando l'unicità del servizio da erogare (il servizio ordinario caratterizzato dalla rimozione giornaliera di quattordici mezzi, cui può aggiungersi quello in situazioni straordinarie), rispetto al quale appare congrua l'offerta di quattordici carri attrezzi oltre ai mezzi speciali complementari dislocati in ben cinque centri servizi nella Provincia milanese. Ne conseguirebbe l'irragionevolezza di un giudizio di sufficienza sul parametro 1 (con punti 0,60) ed al contempo la penalizzazione sul parametro 2 (con punti 0,40).

Il motivo, nei termini prospettati, è infondato.

Si evince dal verbale del 9 gennaio 2020 che la Commissione giudicatrice ha attribuito all'impresa Sangalli il voto sufficiente di 0,6, frutto della media dei voti espressi dai singoli componenti, per il criterio n. 1 (modalità di svolgimento ordinario del servizio), nella considerazione che *«i mezzi di soccorso a disposizione [...], in numero di tredici (13), siano equamente distribuiti sul territorio della provincia in base alle planimetrie fornite dall'offerente; il numero dei mezzi in questione appare, inoltre, sufficiente in considerazione della media degli interventi effettuati nel triennio 2016-2018 (circa 14 al giorno)»*. All'appellante è stato poi attribuito il punteggio di 0,4 per il criterio n. 2 (modalità di gestione di situazioni straordinarie) in considerazione dello *«esiguo numero di veicoli messi a disposizione dall'impresa Sangalli (tredici) rispetto alle possibili esigenze straordinarie di intervento su tutto il territorio della Provincia di Milano (es. tamponamenti a catena, emergenze climatiche, etc.), sovente contestuali all'ordinaria attività di recupero e gestione dei veicoli»*.

La sentenza appellata ha, in forma sintetica, riconosciuto la non irragionevolezza del punteggio di 0,60 attribuito all'appellante per il criterio n. 1, espressione di una valutazione comparativa tra le offerte, aggiungendo che la residualità delle “situazioni straordinarie” non consentiva di trascurarle, costituendo un'evenienza possibile nello svolgimento delle attività ordinarie.

Non è ravvisata una duplicazione dei servizi (ordinario e straordinario), ma semplicemente un giudizio differenziato tra le due componenti dell'offerta, che muove logicamente proprio dalla consapevolezza dell'unitarietà del servizio, presupposto per inferire l'inadeguatezza strutturale dell'offerta per il parametro n. 2.

Ne consegue che non è postulabile l'illegittimità del giudizio in sé, salvo che per quanto deriva dalla disamina della seconda censura, alla cui trattazione si procede.

2. - Il secondo mezzo censura la statuizione che ha rigettato il terzo motivo di primo grado, volto a contestare l'accreditamento alla Sangalli di soli tredici (anziché quattordici) carri attrezzi, in quanto il quattordicesimo sarebbe provenuto dall'avvalimento operativo stipulato con la Nila Car, contratto

ritenuto invalido in quanto privo di sottoscrizione digitale, dal primo giudice ritenuta necessaria nel contesto di una gara telematica. Deduce l'appellante l'erroneità dell'assunto che fa derivare dal presupposto della gara telematica la conseguenza della necessaria sottoscrizione digitale del contratto di avvalimento, laddove deve ammettersi anche la firma tradizionale ai sensi del combinato disposto dell'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 e dell'art. 65 del d.lgs. n. 82 del 2005; del resto, l'art. IX del disciplinare impone la firma digitale solamente nei casi in cui sia richiesta a pena di esclusione, circostanza che non ricorre per l'avvalimento.

Il motivo è fondato.

Non appare invero condivisibile l'assunto motivazionale della sentenza di prime cure secondo cui *«trattandosi di una gara gestita su supporto informatico è naturale che la documentazione che i concorrenti devono produrre deve possedere formato digitale»*.

Invero l'art. 65 del d.lgs. n. 82 del 2005 (recante il codice dell'amministrazione digitale), al quale fa rinvio l'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000, prevede che le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni sono valide, tra l'altro, ove sottoscritte e presentate unitamente alla copia del documento d'identità.

Né un onere di sottoscrizione digitale del contratto di avvalimento è inferibile dalla *lex specialis*. Invero il disciplinare di gara, all'art. IX, dispone che *«tutti i documenti relativi alla presente procedura fino all'aggiudicazione dovranno essere inviati alle Stazioni appaltanti, ove non diversamente previsto, esclusivamente per via telematica attraverso il Sistema, in formato elettronico, ed essere sottoscritti, ove richiesto a pena di esclusione, con firma digitale di cui all'art. 1, comma 1, lett. s), del d.lgs. n. 82/2005»*. In tema di avvalimento una siffatta previsione manca (tanto più a pena di esclusione), stabilendo il disciplinare, a pagina 14, che *«dovrà inoltre essere prodotto, all'interno della Busta A "Documentazione amministrativa", quanto prescritto dall'art. 89, comma 1, del d.lgs 50/2016 consistente nella dichiarazione, sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la*

Stazione Appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui il contraente è carente, nonché originale o copia autenticata del contratto di avvalimento conforme alle prescrizioni di legge».

Si è inoltre al di fuori del campo di applicazione della clausola di cui alla pagina 11 del disciplinare, secondo cui *«tutte le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000, ivi compreso il DGUE, la domanda di partecipazione, l'offerta tecnica e l'offerta economica devono essere sottoscritte con firma digitale dal rappresentante legale del concorrente o suo procuratore».* La dichiarazione di avvalimento ed il contratto di avvalimento non rientrano infatti tra le dichiarazioni sostitutive del legale rappresentante del concorrente (essendo il concorrente evidentemente soggetto diverso dall'impresa ausiliaria), e neppure nell'offerta tecnica ed economica.

E peraltro giova rilevare che la prescrizione, di portata generale, da ultimo indicata non è a pena di esclusione, diversamente da quanto avviene, ad esempio, in materia di offerta economica, ove effettivamente il disciplinare, alla pagina 19, *sub lett. C)*, richiede la sottoscrizione digitale.

Occorre ancora considerare che non è ammessa un'interpretazione estensiva od analogica della clausola ora ricordata del disciplinare, tale da ritenersi applicabile anche all'impresa ausiliaria, a ciò ostando il principio del *favor participationis*.

3. - L'accoglimento dello scrutinato terzo motivo è risolutivo ai fini del decidere, tenendo conto della graduazione svolta in primo grado.

Come noto, secondo consolidata giurisprudenza, nel processo amministrativo impugnatorio di legittimità la parte può graduare, esplicitamente ed in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, *ex art. 34, comma 2, Cod. proc. amm.*, il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'autorità per legge competente (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5). Quanto detto vale per il giudizio amministrativo di primo grado, ma ovviamente anche per il giudizio di appello, regolato dal principio devolutivo, ragione per cui l'ordine di esame

dei motivi di censura è rimesso, in linea di principio, alla prospettazione di parte (Cons. Stato, IV, 18 febbraio 2016, n. 649). Occorre, del resto, considerare che dall'accoglimento del terzo motivo discende l'annullamento dell'esclusione e l'obbligo dell'amministrazione di rivalutare l'offerta tecnica della società Sangalli, parametrandola alla fornitura di quattordici (e non tredici) veicoli per il servizio oggetto di gara, verificando, per l'effetto, se la medesima superi la soglia di ammissione di 42 punti su 70, in tale caso procedendo anche all'apertura ed alla valutazione dell'offerta economica.

4. - Peraltro, per completezza di trattazione, ritiene il Collegio di procedere alla disamina anche dei residui motivi di appello, in considerazione del fatto che nel presente grado di giudizio un'esplicita richiesta di graduazione è stata effettuata non già con l'appello, ma solo con la memoria illustrativa del 19 gennaio 2021, contenente comunque la mera graduazione dei motivi, non anche in modalità condizionata.

Il terzo motivo, nel criticare la statuizione di reiezione della seconda censura, deduce la genericità ed indeterminatezza dei criteri di attribuzione dei punteggi relativi ai primi due parametri di valutazione dell'offerta tecnica, aventi un valore ponderale significativo, rispettivamente pari a 35,00 e 28,00 punti su 70.

Il motivo è infondato.

Come bene ha rilevato la sentenza appellata, il disciplinare di gara non si limita ad enucleare la *“griglia per la valutazione dell'offerta”*, contenente la suddivisione in tre parametri del criterio di valutazione della qualità della proposta, cui corrispondono precisi fattori ponderali, ma individua il *“metodo per l'attribuzione del punteggio”* e soprattutto, per quanto ora rileva, delimita le modalità di attribuzione dei punteggi dei commissari alla stregua di una griglia di valori (contenuta nella tabella a pagine 21 e 22 del disciplinare) in applicazione della quale ciascun componente attribuisce un coefficiente variabile tra zero ed uno a ciascun elemento di valutazione.

Resta fermo peraltro che la preventiva obbligatoria individuazione nella *lex specialis* di sub-criteri di valutazione non risulta prevista in termini di doverosità né dall'art. 86 del d.lgs. n. 50 del 2016 né dalle Linee guida n. 2 dell'A.N.A.C. approvate nel 2016 e poi aggiornate nel 2018; la previsione di sub-criteri o sub-punteggi costituisce una mera facoltà riservata alla stazione appaltante dall'art. 95, comma 8, dello stesso *corpus* legislativo (in termini, da ultimo, Cons. Stato, III, 14 maggio 2020, n. 3080).

Peraltro, in questa sede neppure è contestata la irragionevolezza od illogicità della “griglia di valori”, accompagnata altresì dalla precisa predeterminazione dei criteri contenutistici (pag. 22 del disciplinare) per l'espressione del coefficiente di punteggio attribuibile, come puntualmente rilevato dalla sentenza impugnata.

5. - Il quarto motivo critica la statuizione che ha disatteso, con la tecnica del rinvio ad un precedente, la censura sulla superficialità dell'istruttoria desunta dall'attribuzione di identici punteggi a ciascuno dei profili tecnici esaminati da parte dei singoli commissari, nonostante l'elevato numero di variabili valutative.

Il motivo, che muove dalla, come ora dimostrato, erronea premessa della genericità dei criteri di valutazione contenuti nella *lex specialis*, è infondato.

Si è appunto evidenziato che i parametri di valutazione dell'offerta tecnica sono chiari, come pure sufficientemente dettagliati sono i criteri da seguire per l'attribuzione del punteggio nei termini indicati dalla “griglia di valori”.

In un siffatto contesto, specie in assenza di motivi, seppure indiziari, volti ad evidenziare qualche vizio specifico, appare al Collegio condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche la legittimità dell'operato della Commissione giudicatrice non è infirmata dalla circostanza che, per tutti gli elementi di valutazione delle offerte, i commissari hanno attribuito lo stesso punteggio (così anche Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5928).

6. - Può infine ritenersi venuto meno l'interesse dell'appellante al quinto motivo di appello, atteso che il documento di cui era contestata la mancata

comunicazione (verbale di gara del 18 dicembre 2019) risulta essere stato nel frattempo versato in atti; peraltro nella prospettiva dell'appellante quel documento rileva principalmente ai fini della contestazione della disparità di trattamento nell'attribuzione dei punteggi con l'impresa risultata aggiudicataria (R.T.I. Garage Autostrada s.r.l.), e dunque nel separato giudizio, pendente in primo grado, proposto dall'appellante avverso l'aggiudicazione.

7. - In definitiva, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto nei sensi di cui in motivazione; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra tutte le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Stefano Fantini

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO