

Pubblicato il 26/08/2022

N. 07481/2022REG.PROV.COLL.
N. 07860/2021 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 in appello iscritto al numero di registro generale 7860 del 2021,
proposto da

Sicurezza e Ambiente S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Alfonso Erra, Andrea Napolitano, con
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Pesaro e Urbino, in persona del Presidente *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Beatrice Riminucci, con domicilio
digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

M.P.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Alessandro Lucchetti, con domicilio digitale come da
PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, Sezione
Prima, 14 luglio 2021, n. 00576/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Pesaro e Urbino e di M.P.M. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 il consigliere Angela Rotondano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Sicurezza e Ambiente s.r.l., che aveva partecipato, collocandosi al secondo posto della graduatoria finale (con 71,21 punti), alla procedura di gara aperta indetta dalla Provincia di Pesaro e Urbino *“per l’affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e reintegra delle matrici ambientali compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali lungo le strade di competenza provinciale”*, per la durata di tre anni (rinnovabile per altri tre), dell’importo complessivo di € 455.000,00, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (da valutarsi esclusivamente in base all’offerta tecnica, il servizio non comportando oneri a carico dell’amministrazione), ne impugnava innanzi al Tribunale amministrativo per le Marche l’aggiudicazione (con determinazione n. 92 del 12.02.2021) alla M.P.M. s.r.l. (di seguito *“MPM”*), prima classificata con il punteggio complessivo di 86,25.

In particolare, la ricorrente domandava, innanzitutto e in via principale, l’esclusione dell’aggiudicataria e il subentro nel contratto; in via subordinata l’annullamento dell’intera gara.

2. Con la sentenza in epigrafe, nella resistenza della Provincia e della controinteressata, l’adito TAR ha respinto il ricorso, compensando le spese di lite.

2.1. In particolare il Tribunale ha ritenuto infondati tutti i motivi di ricorso con cui in primo luogo si sosteneva che l’offerta aggiudicataria avrebbe

dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia perché il punteggio conseguito superava i 4/5 del punteggio totale, rilevando come gli atti di gara richiamassero esclusivamente l'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, ragion per cui l'avvio del subprocedimento in questione *“non solo era eventuale ma avrebbe dovuto anche richiedere una motivata determinazione circa il sospetto di anomalia”*, laddove la mancata attivazione della verifica non richiedeva invece alcuna motivazione.

2.2. Inoltre, la sentenza di primo grado ha respinto anche le altre due censure, trattate congiuntamente, con cui si deduceva l'esistenza di specifici indici di anomalia dell'offerta aggiudicataria, che avrebbero dovuto comportarne l'esclusione per incongruità (in particolare con riguardo al numero di alberi da rimuovere e smaltire- 600 contro gli 80 all'anno *“realisticamente”* offerti dalla ricorrente- di cui al sub-criterio di valutazione dell'offerta C1, nonché in relazione al numero di interventi immediati in reperibilità, volti alla diminuzione del rischio di incidenti, di cui al subcriterio C3).

2.3. La sentenza ha infine respinto anche le censure proposte in via subordinata con cui si contestava il punto 15 del Disciplinare di gara (pagina 64 e seguenti) nella parte in cui non prevedeva due distinte buste per l'offerta tecnica, ovvero una per i criteri di valutazione di tipo discrezionale (rilevanti per 67 punti su 100) e l'altra per i criteri di valutazione di tipo automatico (rilevanti per 33 punti su 100), lamentando che nella busta unica contenente l'offerta tecnica fossero state perciò inserite sia le parti da valutarsi col ricorso a criteri tabellari e quantitativi (cioè di tipo automatico) che quelle soggette a valutazione discrezionale. Ha ritenuto difatti infondata e comunque indimostrata la tesi della ricorrente secondo cui l'attribuzione dei punteggi discrezionali nella medesima seduta sarebbe stata fuorviata dalla preventiva conoscenza dei punteggi acquisiti dagli offerenti relativamente ai criteri automatici.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello la società ricorrente di primo grado, deducendone l'erroneità e chiedendone la riforma per i seguenti

motivi: 1) *Error in iudicando- Error in iudicando in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'attivazione della verifica della congruità dell'offerta ex art. 97, comma 6, D.Lgs. 50/2016;* 2) *Error in iudicando- Error in iudicando sulla fondatezza della domanda subordinata.*

L'appellante ha reiterato la domanda risarcitoria, formulando specifica istanza di subentro nel contratto *medio tempore* stipulato e, in subordine, di risarcimento per equivalente.

3.1. Hanno resistito all'appello la Provincia di Pesaro e Urbino e la controinteressata MPM s.r.l., eccependone l'inammissibilità (per difetto della prova di resistenza, omessa tempestiva impugnazione della *lex specialis* di gara nonché per novità delle censure) e argomentandone comunque l'infondatezza.

3.2. Abbinata al merito sull'accordo delle parti l'istanza cautelare, all'udienza pubblica del 10 marzo 2022 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. L'appello di Sicurezza e Ambiente ripropone alcune censure del ricorso originario, criticando la sentenza impugnata: *a)* con il primo motivo nella parte in cui essa afferma l'erroneità e inattendibilità della stima proposta da parte ricorrente in relazione al sotto criterio C1 (ovvero il numero massimo di interventi annuali offerti per la rimozione e lo smaltimento di alberi e arbusti caduti); *b)* con il secondo motivo (con cui sostanzialmente si reiterano le doglianze proposte in via subordinata in primo grado) nella parte in cui non ha rilevato il pericolo che la Commissione, conosciuto il distacco relativo al punteggio automatico, potesse modulare quello discrezionale così da privilegiare il concorrente "da favorire", di modo che risulterebbero qui violati i principi affermati da quella giurisprudenza secondo cui "*il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica (che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale) trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la*

valutazione degli elementi discrezionali e costituisce presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione": così Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6017).

5. In particolare, con il primo motivo l'appellante ripropone le censure (dedotte con il secondo motivo del ricorso originario) con cui si era lamentato che la Provincia non aveva verificato *"la complessiva sostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria"*, alla luce dei costi dei servizi aggiuntivi e preferenziali offerti dalla controinteressata.

5.1. L'appellante premette che il disciplinare di gara (art. 12) recava la griglia dei punteggi, prevedendo allo scopo tre distinti criteri di valutazione tecnica delle offerte (e segnatamente: *"criteri discrezionali, criteri tabellari e criteri quantitativi"*) e che, per quanto di interesse, tra i criteri quantitativi figurava (nell'ambito del criterio C *"Elementi aggiuntivi e preferenziali"*) il sottocriterio C1 (così testualmente descritto: *"numero massimo di interventi annuali per rimozione e smaltimento alberi e arbusti del diametro superiore a 10 cm caduti o che ostacolano il passaggio o che possono costituire possibile causa di pericolo di incidenti (anche in caso di caduta) a prescindere dalla proprietà senza rivaia (il punteggio attribuito sarà parametrato al numero di interventi offerti)"*); evidenzia altresì che in relazione a tale criterio MPM ha offerto un numero massimo di interventi annuali pari a 600, ottenendo quindi il massimo punteggio in base al disciplinare di gara (che alla pagina 42 stabiliva: *"per la valutazione dei subcriteri C1 e C3 criteri quantitativi verrà attribuito il punteggio massimo attribuibile all'offerta con il numero maggiore di interventi totali offerti ritenuti ammissibili e alle altre offerte verrà attribuito il punteggio in modo proporzionale"*), ovvero 12 punti (a fronte degli 1,6 punti attribuiti a Sicurezza Ambiente per gli ottanta interventi offerti).

5.2. Tanto premesso l'appellante evidenzia che, sulla base dei preventivi dei fornitori acquisiti ai fini della formulazione della propria offerta e versati in atti, il costo minimo unitario per ciascun intervento di *"rimozione albero"* da

parte di soggetto specializzato e autorizzato sarebbe non inferiore a 290 euro, oltre IVA, sicché per la rimozione di 600 alberi all'anno MPM dovrebbe sopportare (e quindi giustificare) un costo aggiuntivo annuo pari ad almeno euro 174.000,00 euro, importo ben al di sopra del valore della concessione (ovvero 70.000,00 euro annui), al quale dovrà poi essere aggiunto anche il costo relativo allo smaltimento autorizzato; dal che l'inaffidabilità dell'offerta dell'aggiudicataria che andava sottoposta a verifica dell'anomalia ed esclusa, con conseguente aggiudicazione della concessione alla seconda graduata.

5.3. Senonché, la sentenza appellata ha respinto la censura, ritenendo, con motivazione erronea, illogica e contraddittoria, da un lato non prevedibile *ex ante* *"l'effettivo numero di interventi da svolgere annualmente"*, dall'altro inattendibile la stima operata dalla ricorrente.

Secondo l'appellante, l'aggiudicataria avrebbe invece offerto un numero *"elevatissimo"* di interventi confidando di non eseguirli in sede di esecuzione del servizio in violazione del generale canone di correttezza e buona fede, ciò incidendo anche sulla serietà e attendibilità dell'offerta presentata.

5.4. Inoltre, la sentenza, nel ritenere necessaria ai fini della decisione una stima basata *"sul valore medio (per numero e tipologia di interventi) riferito ad un campione significativo di anni pregressi"*, sarebbe incorsa in un evidente travisamento dei fatti di causa: la ricorrente non aveva difatti alcun onere di dimostrare in giudizio l'effettiva anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, ben potendo solo censurare l'illegittimità e irragionevolezza della mancata attivazione del sub-procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia nei confronti dell'offerta prima classificata ad opera della stazione appaltante.

5.5. Né la ricorrente era tenuta a impugnare la *lex specialis* *"nella parte in cui rendeva libero l'offerente (inclusa la ricorrente) di proporre un'offerta senza limiti predeterminati (quindi anche irrealistici e mai raggiungibili), con indubbio riflesso nell'attribuzione dei punteggi"*, come sostenuto dalla sentenza appellata.

6. Con il secondo motivo di appello si ripropongono invece le doglianze volte a far valere in via graduata l'interesse strumentale alla riedizione della gara,

censurandone la *lex specialis* nella parte in cui *“aveva previsto che nella busta unica contenente l'offerta tecnica venissero inserite sia le parti della medesima offerta tecnica che sarebbero state valutate con il ricorso a criteri tabellari e quantitativi e cioè di tipo automatico (33 punti su 100), che quelle soggette a valutazione discrezionale”*.

Secondo l'appellante detta disposizione violerebbe il generale principio di separatezza tra elementi suscettibili di valutazione automatica e quelli soggetti ad apprezzamento discrezionale della Commissione di gara (cfr. Cons. Stato, V, 6017/2019 cit.).

Contrariamente a quanto asserito dalla sentenza di primo grado, l'invocato principio di separatezza, finalizzato ad evitare qualsivoglia pericolo o sospetto di turbamenti dell'attività valutativa delle commissioni di gara, da un lato non postula la dimostrazione in concreto dell'effetto distorsivo della valutazione causato dalla previa conoscenza degli elementi automatici (dimostrazione che altrimenti sarebbe necessaria finanche laddove la denunciata commistione avesse ad oggetto l'offerta tecnica e il prezzo), dall'altro non richiede l'allegazione dei criteri discrezionali per i quali *“i punteggi effettivamente attribuiti dalla commissione potrebbero far dubitare (per illogicità, incongruenza o altri elementi) che siano stati condizionati dall'attribuzione dei punteggi automatici”*.

Per converso, proprio il significativo distacco (di ben 15,04 punti su 100) tra primo e secondo graduato, in uno al vantaggio economico per la Provincia derivante dall'offerta di MPM per i subcriteri C1 e C3 (che sarebbe, in base ai calcoli dell'appellante, pari ad euro 1.586.000,00 per la durata massima della concessione), costituirebbe di per sé sicuro indice dell'intervenuta distorsione sul processo decisionale della commissione, in modo tale da orientare l'attribuzione dei punteggi tecnici discrezionali a sfavore di quei concorrenti che avessero offerto un minor beneficio economico all'amministrazione.

In altri termini, l'elevato valore dei servizi aggiuntivi in esame, agevolmente quantificabile dalla Commissione di gara, avrebbe orientato illegittimamente la scelta del contraente, a ciò dovendo conseguire la caducazione dell'intera procedura.

7. L'appello è infondato.

7.1. Quanto all'asserita esistenza di specifici elementi di anomalia dell'offerta, si osserva quanto segue.

7.2. In primo luogo, oggetto di giudizio non è un appalto di servizi, bensì una concessione, in cui l'imprenditore assume su di sé il rischio di impresa (infatti in base all'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice dei contratti pubblici la concessione di servizi determina l'“*assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*” e ai sensi della successiva lett. zz), è “*rischio operativo*” “*il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*”): nel caso di specie, il rischio operativo concerne il numero effettivo di interventi che la ditta potrà essere annualmente chiamata a svolgere, che non è certo né prevedibile *ex ante*, e la remunerazione del concessionario è garantita dalle compagnie che assicurano i responsabili dei sinistri.

Inoltre, il concessionario sostiene un costo destinato ad essere recuperato e ammortizzato mediante i proventi dell'attività di gestione del servizio ovvero in virtù della specifica organizzazione di cui si avvale e del *know-how* aziendale. Pertanto, deve innanzitutto rilevarsi come le censure formulate con l'appello non tengano in considerazione la particolare natura dell'affidamento, differente rispetto ad un appalto in cui le componenti dell'offerta devono essere effettivamente remunerate per il corrispondente importo, laddove il concessionario è in grado di recuperare i costi sostenuti mediante i proventi dell'attività di gestione del servizio, scontando un margine di rischio, più o meno elevato a seconda delle scelte organizzative effettuate.

7.2.1. Nel caso di specie, da un lato il numero di interventi proposti da ciascun concorrente costituisce il numero massimo di interventi annualmente esigibile dall'amministrazione; dall'altro l'equilibrio economico della concessione viene ulteriormente garantito dalla gestione in autonomia degli interventi offerti, tenuto conto che il servizio viene svolto direttamente da MPM mediante le squadre di cui dispone, in forza del possesso del codice ATECO relativo alla gestione del verde, evitando così la lievitazione dei costi data dal ricorso a ditte esterne.

7.3. In secondo luogo, gli interventi offerti dall'aggiudicataria riguardano (conformemente a quanto previsto dal disciplinare con il subcriterio in questione che fa espresso riferimento al *“numero massimo di interventi annuali per rimozione e smaltimento alberi e arbusti dal diametro superiore a 10 cm caduti o che ostacolano il passaggio o che possano costituire possibile causa di pericolo di incidenti (anche in caso di caduta)...”*) non solo la rimozione di alberi ma anche di arbusti di ridotte dimensioni e in genere di tutto quanto è in grado di intralciare la sicurezza della circolazione stradale o creare pericolo o ostacolo alla stessa (come ad esempio nel caso di caduta o distacco di rami); sicché i costi prospettati dall'appellante per ciascun intervento sono maggiori di quelli effettivi da sostenersi, tenuto poi conto che, come evidenziato, MPM ha acquisito un codice ATECO per la gestione del verde in modo da poter realizzare gli interventi direttamente e in autonomia con le maestranze di cui dispone.

7.4. Le censure articolate non considerano invece che il servizio relativo al numero massimo di interventi annui offerti viene effettuato dall'aggiudicataria a mezzo delle squadre in cui l'impresa è organizzata e senza ricorso a ditte esterne e che la gestione in proprio dell'intero servizio, oltre a determinare un rilevante risparmio economico, rendeva non necessaria la produzione di preventivi di spesa, in assenza di incarichi esterni da affidare per l'effettuazione degli interventi oggetto di gara.

7.5. Ne consegue che la stima della ricorrente è effettivamente inattendibile, tenuto conto della particolare organizzazione di MPM, che non necessita di affidare l'esecuzione degli interventi offerti a soggetti terzi.

Per converso, le puntuali deduzioni difensive dell'amministrazione e della controparte dimostrano come l'offerta aggiudicataria risulta del tutto seria e sostenibile alla luce della specifica organizzazione imprenditoriale, in alcun modo considerata dalle generiche doglianze di parte appellante.

Pertanto, la sentenza di prime cure, rilevato che in relazione al criterio C1 i 600 interventi, proposti dall'aggiudicataria, non riguardano esclusivamente la rimozione di alberi, ma genericamente in base a quanto si evince dall'offerta, 600 interventi, tra cui devono quindi essere ricompresi anche quelli di minore rilevanza, come lo smaltimento degli arbusti, che hanno un costo obiettivamente inferiore rispetto alla rimozione di un albero, ha correttamente e senza incorrere negli asseriti travisamenti di fatto considerato inattendibile la stima proposta dalla ricorrente, che muove in effetti da presupposti infondati (quali l'affidamento a società esterna del servizio e la rappresentazione di costi- desumibili dagli allegati preventivi di spesa- non corrispondenti a quelli sostenuti da MPM) e da dati erronei, anche sotto il profilo dell'effettivo numero di interventi da svolgere annualmente (obiettivamente non prevedibili *ex ante*), non basandosi inoltre neppure sul valore medio (per numero e tipologia di interventi) riferito ad un campione significativo di anni pregressi.

7.6. In terzo luogo, è indimostrato l'assunto secondo cui MPM confiderebbe nell'esecuzione non integrale degli interventi proposti, contro i principi di correttezza e buona fede. Pertanto, è fuori luogo e non pertinente il raffronto con altre procedure di gara aventi oggetto analogo, ma concernenti differenti imprenditori del settore con peculiari e diverse organizzazioni aziendali. Nel caso di specie, il numero degli interventi offerto non è sproporzionato rispetto al valore del contratto (infatti, come correttamente argomentato dalle appellate, se anche l'aggiudicataria fosse chiamata a svolgere tutti gli interventi

offerti dovrebbe effettuare mediamente n. 1,6 interventi al giorno sull'intero territorio provinciale, a ciò potendo regolarmente adempiere con le squadre a sua disposizione) e, come già rilevato, detti interventi sono eseguiti direttamente dall'aggiudicataria, senza ricorso a ditte esterne.

Occorre poi rilevare che, sebbene il sotto criterio C1 (non impugnato col ricorso) non prevedesse limiti prestabiliti all'offerta del numero massimo di interventi ad opera di ciascun concorrente, la stazione appaltante non ha così inteso consentire la formulazione di offerte relative ad un numero illimitato (quindi anche "irrealistico" e "irraggiungibile") di interventi, ma solo, in legittimo esercizio di discrezionalità, deciso di attribuire 30 punti su 100 agli "Elementi aggiuntivi e preferenziali", avvertendo i concorrenti del fatto che sarebbero state comunque considerate solo le offerte funzionali alla sicurezza stradale e che, in caso di mancato rispetto degli impegni assunti dall'offerente in fase esecutiva, sarebbero stati adottati i relativi provvedimenti, fino alla risoluzione del contratto.

7.7. Alla luce delle considerazioni esposte deve concludersi che, essendo prevista la mera facoltà della stazione appaltante di ricorrere alla verifica di congruità dell'offerta e non avendo l'offerta presentata da MPM caratteristiche tali da ingenerare nella commissione dubbi in ordine alla sua congruità ed alla capacità della concorrente di adempiere agli impegni assunti, correttamente la stazione appaltante non ha attivato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, ciò non necessitando di alcuna specifica motivazione. Tale decisione è esente dai dedotti profili di irragionevolezza, illogicità o errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1465).

7.8. Sulla base delle risultanze di causa il servizio offerto da MPM non risulta infatti antieconomico e inaffidabile non ravvisandosi gli "specifici elementi" di anomalia prospettati da parte appellante.

7.8.1. Innanzitutto, in generale l'attendibilità dell'offerta va valutata nel suo complesso e non con riferimento a singole voci di prezzo, parcellizzate e inidonee ad influire sulla serietà dell'offerta nel suo insieme.

7.8.2. Nello specifico poi il costo effettivo per la rimozione (non solo degli alberi, ma anche degli arbusti e, in generale, di quanto costituisce pericolo e intralcio alla circolazione stradale) risulterà solo quello di manodopera degli operatori (di circa 25/30 € all'ora) di cui l'impresa dispone nell'ambito della propria organizzazione aziendale, mentre quello per lo smaltimento (che ammonta a circa 45 € a tonnellata), come provato dalla controinteressata, può essere ulteriormente abbattuto avvalendosi di collaborazioni esistenti con società terze specializzate nel recupero e vendita dei prodotti legnosi raccolti.

7.9. Pertanto, la sentenza appellata, muovendo da una corretta interpretazione della disciplina di gara (sul condivisibile assunto secondo cui, nonostante il richiamo alla pagina 4 del disciplinare all'art. 97, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, la disciplina- non impugnata- che la stazione appaltante ha ritenuto di adottare con riguardo alla verifica di congruità richiama esclusivamente l'art. 97, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 e, in particolare, la disposizione secondo cui *“La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*: cfr. pag. 3 e 40 del Disciplinare dove si legge che *“La stazione appaltante potrà attivare il procedimento di verifica della congruità dell'offerta esclusivamente qualora, in base ad elementi specifici, la stessa appaia anormalmente bassa (art. 97, c. 6 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.)”*), ha altrettanto correttamente concluso che l'avvio del sub-procedimento in questione non solo era eventuale, ma avrebbe dovuto anche richiedere una motivata determinazione circa il sospetto di anomalia, basata su *“elementi specifici”* (qui non ravvisabili), laddove la mancata attivazione della verifica non avrebbe invece richiesto alcuna motivazione.

8. È infondato anche il secondo motivo di gravame.

8.1. Al riguardo deve anzitutto evidenziarsi come le censure formulate dall'appellante richiamano in maniera non pertinente i principi affermati dal citato precedente di cui a Cons. Stato, V, 6017/2019 (estrapolando un passaggio isolato ed avulso dal contesto) che riguarda la differente ipotesi di commistione tra offerta tecnica ed economica mediante l'inserimento di

elementi economico-quantitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa).

Oggetto del presente giudizio è infatti non già un appalto di servizi, in cui offerta tecnica ed offerta economica sono inserite in buste diverse e sono valutate distintamente, secondo un rigido divieto di commistione tra elementi qualitativi e elementi economici, bensì un affidamento in concessione caratterizzato dall'assenza di offerta economica (non comportando il servizio oneri a carico dell'amministrazione).

8.2. Sono invece pienamente applicabili alla fattispecie in esame (in cui è contestata l'assenza di separatezza formale tra elementi tecnici valutabili automaticamente e elementi tecnici soggetti a valutazione discrezionale) i principi affermati dalla sentenza del Consiglio di Stato sez. III, 23.12.2020, n. 8295 (opportunamente richiamata dalla pronunzia appellata e dalla stessa amministrazione), di cui di seguito si riportano i passaggi più significativi e rilevanti ai fini della presente decisione: *“3.2. Il primo giudice ha ritenuto, anzitutto, di accogliere il secondo motivo del ricorso principale, con il quale Omnia si doleva che la Commissione avesse sovvertito l'ordine di esame degli elementi di valutazione e avesse, così, dapprima apprezzato nel corso di diverse sedute gli elementi di carattere quantitativo e tabellare, per i quali l'attribuzione del punteggio sarebbe stata automatica, e successivamente quelli aventi carattere discrezionale. 3.3. Si deve tuttavia osservare in senso contrario, come ha pure ha osservato la sentenza impugnata, che la Commissione ha alternato la valutazione dell'offerta tecnica in base a criteri vincolati con quella effettuata sulla scorta di criteri discrezionali, ciò che esclude che vi sia stata una totale posposizione degli uni rispetto agli altri.3.4. Non esiste del resto né è prescritto dalla legge un ordine rigoroso nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica secondo i criteri vincolati o discrezionali e l'aver posposto l'assegnazione del punteggio in base ai primi rispetto ai secondi non è ex se indice di un illegittimo o parziale agire da parte della Commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.3.5. In primo grado e nel corso del giudizio, comunque, mai Omnia ha allegato circostanze attinenti alla valutazione di elementi soggetti all'assegnazione di un punteggio*

discrezionale che, per incoerenza, irragionevolezza o illogicità, denotassero il fatto che la Commissione avesse, per così dire, modulato i punteggi discrezionali in funzione di quelli già assegnati alle offerte per gli aspetti quantitativi o tabellari, non essendo certo sufficiente né ancor meno decisivo allegare, come ha fatto Omnia, la mera circostanza che la differenza tra i punteggi complessivi assegnati, conseguiti dalle concorrenti, fosse stata determinata dalla valutazione delle voci discrezionali.

3.6. Di qui l'infondatezza del motivo in esame, erroneamente accolto dal primo giudice sulla scorta dell'argomento secondo cui i poteri discrezionali-valutativi sarebbero stati addirittura esercitati per ultimo, con ciò violando apertamente i principi di precauzione e di trasparenza procedimentale, e che sarebbero configurabili cc.dd. illegittimità di pericolo nello svolgimento delle gare pubbliche.

3.7. In senso contrario si deve rilevare che il giudice amministrativo, nel sindacare la legittimità degli atti di gara, non è chiamato ad esaminare fattispecie di pericolo né a garantire l'osservanza di un precauzionale diritto del sospetto, ma solo a verificare se l'azione amministrativa abbia in effetti violato le regole del procedimento.

3.8. Ma nel diritto dei contratti pubblici non esiste alcuna regola, men che mai precauzionale, che imponga necessariamente che alla Commissione, nel valutare l'offerta tecnica, di procedere prima all'assegnazione dei punteggi discrezionali e poi a quelli vincolati, salva l'esistenza di elementi che lasciano ritenere simile modus operandi, sul piano dell'eccesso di potere, come indice di parzialità o di favoritismo nella valutazione tecnica della Commissione, censurabile come manifestamente illogica o manifestamente discriminatoria, elementi qui nemmeno adottati da Omnia, con la conseguente reiezione, dunque, del primo motivo articolato in primo grado da Omnia. (...) Le norme dell'evidenza pubblica non sono poste formalisticamente a presidio di un pericolo astratto, come assume a torto la sentenza impugnata, ma del concreto e regolare svolgimento delle operazioni di gara, che possono essere contestate e annullate solo laddove il ricorrente offra almeno un principio di prova dal quale si desuma in via indiziaria che l'operato della Commissione giudicatrice o abbia violato direttamente la legge o sia affetto da eccesso di potere in una delle sue figure sintomatiche."

8.3. Alla luce delle statuizioni che precedono va dunque confermata la sentenza di prime cure.

8.4. In effetti non vi è qui dimostrazione, neppure a livello indiziario, che il *modus operandi* della commissione abbia potuto favorire un concorrente piuttosto che un altro e che ne risulti orientato il procedimento decisionale in violazione dei principi di imparzialità e *par condicio*, in quanto non è allegato, prima ancora che provato, che l'attribuzione dei punteggi per i criteri automatici abbia condizionato l'attribuzione dei punteggi discrezionali (o che fosse necessario modulare questi ultimi in funzione dell'aggiudicazione a favore della controinteressata); tanto più che i parametri tabellari (automatici e vincolati) erano risultati largamente a favore dell'aggiudicataria, sicché non vi era alcuna necessità di "modulare" i punteggi discrezionali, come apoditticamente sostenuto dall'appellante.

Anche ad attribuire poi alla ricorrente il punteggio massimo per i criteri discrezionali (35) ciò comunque non consentirebbe di colmare la distanza con l'aggiudicataria che resterebbe sempre prima classificata: infatti, i parametri tabellari sono risultati complessivamente a vantaggio di MPM (30 punti contro 9,75 punti ottenuti da Sicurezza e Ambiente), ciò escludendo la prospettata necessità di "modulare" in corso di gara i punteggi discrezionali al fine di favorire la controinteressata, che si è aggiudicata la gara con punti 86,25; insomma, come rilevato dal primo giudice, il divario di punteggio tra la prima e la seconda classificata, è talmente elevato (15,04 punti su 100) da non dare luogo "*ictu oculi*" al possibile sospetto dedotto dalla ricorrente.

8.5. Ciò chiarito, come evidenziato, sovengono i principi affermati dalla giurisprudenza correttamente applicati dalla sentenza appellata secondo cui: "*Nel diritto dei contratti pubblici non esiste alcuna regola, men che mai precauzionale, che imponga necessariamente alla commissione, nel valutare l'offerta tecnica, di procedere prima all'assegnazione dei punteggi discrezionali e poi a quelli vincolati*" (Consiglio di Stato, sez. III, n. 8295/2020 cit.): tanto più nel caso in esame, ove andava valutata esclusivamente l'offerta tecnica, non è invocabile alcuna regola, nemmeno precauzionale, che preveda uno specifico ordine nell'assegnazione dei punteggi discrezionali e vincolati.

Pertanto, in assenza di previsioni di legge che impongano di seguire un rigoroso ordine nell'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica e considerata poi la natura dell'affidamento per cui è causa, è del tutto legittimo l'operato della Commissione di gara che valuti prima l'offerta in base ai criteri di tipo automatico e successivamente attribuisca il punteggio per i criteri discrezionali o viceversa, non sussistendo alcuna violazione dei principi di precauzione o trasparenza (non rinvenendosi peraltro alcuna previsione di separatezza formale tra elementi tecnici valutabili automaticamente ed elementi tecnici soggetti a valutazione discrezionale neanche nelle Linee Guida ANAC n. 2, di attuazione del D.Lgs. 50/2016, riguardante l'“*Offerta economicamente più vantaggiosa*”).

8.6. D'altra parte, come pure evidenziato dalla sentenza impugnata, assume rilievo anche il fatto che l'appellante non abbia allegato circostanze attinenti alla valutazione di elementi soggetti all'assegnazione di un punteggio discrezionale che, per incoerenza, irragionevolezza o illogicità, denotassero che la Commissione avesse, per così dire, modulato i punteggi discrezionali in funzione di quelli già assegnati alle offerte per gli aspetti quantitativi o tabellari, non essendo certo sufficiente né ancor meno decisivo allegare la mera circostanza che la differenza tra i punteggi complessivi assegnati, conseguiti dalle concorrenti, fosse stata determinata dalla valutazione delle voci discrezionali.

Infatti, nel caso di specie le contestazioni mosse dall'appellante riguardano unicamente i sottocriteri quantitativi di tipo automatico C1 e C3 (che non sono per definizione “*modulabili*”), ma non sono rivolte alla valutazione degli elementi discrezionali (sottocriteri A1, A2, A3, A4 e B1, B2, B3), da ritenersi perciò validamente attribuiti: a tanto consegue l'infondatezza della doglianza.

8.7. Sotto altro profilo il giudice amministrativo, nel sindacare la legittimità degli atti di gara, non è chiamato ad esaminare fattispecie di pericolo né a garantire l'osservanza di un precauzionale diritto del sospetto, ma solo a

verificare se l'azione amministrativa abbia in effetti violato le regole del procedimento.

Invero, le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica non sono poste formalisticamente a presidio di un pericolo astratto bensì del regolare svolgimento delle operazioni di gara, rispetto alle quali il ricorrente è tenuto a fornire almeno un principio di prova dal quale possa desumersi, in via indiziaria, che l'operato della Commissione giudicatrice possa essere ritenuto illegittimo.

8.8. La sentenza appellata ha quindi del tutto correttamente respinto le censure poiché la ricorrente si è limitata a prospettare un ipotizzato pericolo di turbativa del processo decisionale, senza neppure indicare i punteggi discrezionali attribuiti dalla Commissione asseritamente “*condizionati*” dall’attribuzione dei punteggi automatici, tali da valere quali indici di parzialità inficianti le valutazioni tecnico-discrezionali poste a base della scelta del futuro contraente.

Risultano pertanto infondate e comunque indimostrate anche le affermazioni dell’appellante secondo cui l’asserito vantaggio economico per l’Amministrazione determinato dall’offerta aggiudicataria sarebbe stato elemento idoneo a turbare il processo decisionale della Commissione.

8.9. Correttamente la sentenza appellata ha dunque respinto la domanda subordinata di “integrale riedizione della procedura”, non ravvisando alcuno dei vizi lamentati dalla ricorrente.

Infatti, in assenza di un principio di prova nei termini suddetti il pericolo addotto (*id est*: che le attribuzioni discrezionali siano state in qualche modo “*fuorviate*” dalla previa conoscenza dei punteggi attribuiti automaticamente), se non avvalorato da argomenti specifici in ordine alla condotta della Commissione giudicatrice, permane su un piano meramente astratto, inidoneo a fondare un’eventuale declaratoria di illegittimità delle valutazioni delle offerte presentate dai concorrenti.

9. In conclusione, l’appello va respinto.

Le spese sono liquidate in dispositivo secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante Sicurezza e Ambiente s.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio a favore della Provincia di Pesaro e Urbino e della società M.P.M. s.r.l. che liquida forfettariamente in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna parte costituita, oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO