

Le linee guida "non vincolanti" non assumo carattere prescrittivo

di Giuseppe Bruno

Data di pubblicazione: 27-11-2018

Linee guida ANAC - Natura - Atti amministrativi generali - Non atti normativi - Linee guida non vincolanti - Scostamento - Conseguenze - Ammissibilità - Sindacato del giudice amministrativo - Limiti

Le Linee Guida ANAC “non vincolanti” non rappresentano un parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara.

E’ questo il principio confermato dal Consiglio di Stato, che ha rigettato il motivo con cui l’appellante lamentava la discrasia fra gli elementi di valutazione dell’offerta previsti dalla legge di gara per l’affidamento di lavori di manutenzione e le previsioni riportate nelle linee guida dell’ANAC n. 2 del 21 settembre 2016 (in tema di ‘Offerta economicamente più vantaggiosa’).

La sentenza evidenzia quindi che le linee guida ‘non vincolanti’ - la cui fonte di legittimazione risiede nella generale previsione di cui al comma 2 dell’articolo 213 del d.lgs. 50/2016 - non assumono carattere prescrittivo, ma possono essere considerate uno strumento di regolazione flessibile che svolge una funzione ricognitiva di principi di carattere generale, tra i quali rientra quello della discrezionalità sulle scelte dell’amministrazione in punto di individuazione degli elementi di valutazione delle offerte.

Conseguentemente, il sindacato del giudice amministrativo sulla discrasia tra legge di gara e linee guida ANAC “non vincolanti” deve limitarsi ai soli profili di palese irragionevolezza e abnormità.

Nel caso di specie, la procedura di gara aveva ad oggetto l’affidamento di lavori di manutenzione su fabbricati ferroviari e impianti di riscaldamento. Per il Consiglio di Stato, tali lavorazioni non sono caratterizzate da particolare contenuto tecnologico: sicché, la scelta della stazione appaltante di prevedere elementi di valutazione dell’offerta fondati essenzialmente sulla “bontà” della struttura organizzativa messa a disposizione dal concorrente, non è in sé irragionevole, dal momento che, in sostanza, si tratta di prestazioni che non richiedono una complessa attività di progettazione.

Leggi la sentenza

N. 06026/2018REG.PROV.COLL.

N. 03016/2018 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 3016 del 2018, proposto dalla Siram S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio Legale Cancrini & Partners in Roma, piazza San Bernardo, 101

contro

R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Rossi, Francesco Rossi e Sergio Coccia, con domicilio eletto presso lo studio Sergio Coccia in Roma, via Vittorio Veneto, 108

nei confronti

Apleona Hsg S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Calegari e Andrea Callea, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Callea in Roma, via Cesare Beccaria, 88

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia, Sezione I, n. 3/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Apleona Hsg S.p.A. e della R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci, Coccia, Rossi Francesco e Callea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Friuli Venezia Giulia e recante il n. 249/2017, la società Siram S.p.a. impugnava l'aggiudicazione definitiva del lotto 13 della procedura ristretta per l'affidamento dell'appalto dei "*Lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari, non interferenti con l'esercizio ferroviario; attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento e traslo-elevatori. Numero di riferimento: DAC0.2016.0016*", disposta dalla società R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. in favore del R.T.I. composto da Apleona Hsg S.p.a. (già Bilfinger Sielv Facility Management s.p.a.), con Riam Ascensori S.r.l., secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente chiedeva anche la reintegrazione in forma specifica e la conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e si riservava di chiedere il risarcimento per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica.

Con il ricorso in parola si censurava l'illegittimità sia dell'aggiudicazione (per errori concernenti la valutazione della propria offerta tecnica) sia dell'intera procedura di gara per violazione dei principi buon andamento e imparzialità, violazione e/o falsa applicazione del decreto legislativo n. 50 del 2016 ed eccesso di potere.

Con sentenza n. 3/2018, il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia rigettava il ricorso.

Tale decisione veniva impugnata dalla società Siram S.p.a., la quale chiedeva l'annullamento previa adozione delle misure cautelari della sentenza alla stregua dei seguenti motivi:

A) errores in iudicando per non avere accertato l'illegittimità dell'aggiudicazione resa in violazione dei principi ordinamentali buon andamento e imparzialità, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, co. 2 e 6 del d.lgs. n. 50/2016 oltreché con eccesso di potere sotto i profili del difetto di presupposto e del travisamento dei fatti;

B) errores in iudicando per non avere accertato l'integrale illegittimità della procedura di gara svolta in violazione dei principi ordinamentali di buon andamento e imparzialità, in violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95, co. 2 e 6, e 133 del d.lgs. n. 50/2016 e governata con eccesso di potere sotto i profili del difetto di presupposto, del travisamento dei fatti e dello sviamento.

Si è costituita nel giudizio di appello R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. la quale ha concluso per il rigetto dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio la Apleona Hsg S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. aggiudicatario, la quale ha concluso per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata, ovvero, in subordine, per la rimessione della controversia

al Giudice di primo grado ai sensi dell'articolo 105 c.p.a., previo annullamento della sentenza di primo grado.

All'udienza pubblica del 4 Ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla società Siram S.p.a. avverso la sentenza del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia n. 3 del 2018 con cui è stato respinto il ricorso proposto dalla medesima avverso l'aggiudicazione definitiva, in favore del R.T.I. composto da Apleona Hsg S.pa. (già Bilfinger Sielv Facility Management s.p.a.), con Riam Ascensori S.r.l., della procedura ristretta indetta da RFI – Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. per l'affidamento dell'appalto dei *“Lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari, non interferenti con l'esercizio ferroviario; attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento e traslo-elevatori. Numero di riferimento: DAC0.2016.0016”*.

2. Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame puntuale delle eccezioni di inammissibilità e irricevibilità sollevate dall'appellante Apleona in quanto l'appello risulta comunque infondato nel merito.

3. Con il primo motivo di appello la Siram chiede la riforma della sentenza di primo grado per non avere il Tribunale amministrativo la violazione dei principi ordinamentali di buona andamento e imparzialità in relazione alla valutazione della componente tecnica dell'offerta effettuata dalla stazione appaltante.

L'appellante premette al riguardo:

- che, ai fini dell'attribuzione del punteggio relativo alla componente tecnica, la lettera di invito stabiliva l'assegnazione di un punteggio massimo pari a 70;

- che, in relazione alla voce 'struttura di impresa' veniva prevista la valutazione di un 'indice PSF' che avrebbe consentito l'attribuzione di un massimo di 15 punti;

- che l'indice in questione veniva - in qualche misura - 'auto-attribuito' dal singolo concorrente sulla base di una serie di elementi/indicatori determinati dal documento rubricato 'procedura operativa sub-direzionale';

- che, ai sensi della legge di gara, una volta determinato il valore dell'indice PSF, si procedeva all'attribuzione del conseguente punteggio;

- che, in particolare: *i)* a fronte di un PSF inferiore a 18 non sarebbe stata possibile l'ammissione alla gara; *ii)* a fronte di un PSF compreso fra 18 e 25 sarebbe stata consentita la partecipazione alla gara ma sarebbe stato attribuito un punteggio pari a 'zero'; *iii)* a fronte di un PSF compreso fra 25 e 32 sarebbe stato attribuito un punteggio pari a 7; *iv)* a fronte di un PSF superiore a 32 sarebbe stato attribuito un punteggio pari a 15.

Ebbene, tale essendo il pertinente quadro disciplinare, l'appellante osserva

i) di aver calcolato il proprio indice di PSF, ottenendo un punteggio pari a 25,34;

ii) di avere quindi titolo (non solo all'ammissione alla gara, ma anche) all'attribuzione dei 7 punti riconosciuti per il PSF superiore a 25 e inferiore a 32;

iii) di aver proceduto alla compilazione del modulo telematico messo a disposizione dalla stazione appaltante ('*Technical Envelope Summary*') ma di non essere riuscita ad inserire i decimali (che restituivano un punteggio superiore a 25) in quanto il 'menu a tendina' messo a disposizione dal sistema consentiva soltanto l'inserimento di numeri interi e non anche di decimali;

iv) di essere stata quindi costretta ad inserire la sola cifra intera (PSF pari a 25), con eliminazione dei decimali, in tal modo ottenendo l'ammissione alla gara, ma con un punteggio di PSF pari a 'zero' (e in tal modo restando penalizzata per i 7 punti che le sarebbero invece spettati per aver conseguito in realtà un PSF pari a 25,34);

v) di aver tentato di inserire anche le cifre decimali (in qualche misura 'forzando' le rigidità del sistema), ma di non esservi riuscita per l'impossibilità tecnica determinata dal sistema stesso, il quale 'troncava' in automatico le cifre decimali, nonostante il tentativo di inserimento;

vi) che la richiamata circostanza ha sortito un effetto determinante per gli esiti della gara. Ed infatti, siccome la prima e la seconda classificata erano distanziate fra loro soltanto per 3,2 punti, l'eventuale (e doveroso) riconoscimento dei 7 punti dovuti per l'indice PSF avrebbe certamente consentito all'appellante di ottenere l'aggiudicazione della gara.

3.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Pur dandosi atto delle obiettive peculiarità del sistema di attribuzione dei punteggi tecnici fissato dalla *lex specialis* (e puntualmente descritto nel ricorso introduttivo e nelle successive memorie), è dirimente ai fini del decidere il fatto che sia stata la stessa appellante a sottoporre alla stazione appaltante e a trasmettere a quest'ultima un'offerta nel cui ambito il valore di PSF era indicato in 25 (senza decimali), con conseguente attribuzione di un punteggio pari a 'zero'.

Non viene qui in rilievo un atto dell'amministrazione la cui lesività si sia palesata solo con l'aggiudicazione in favore di altro concorrente, ma viene – piuttosto – in rilievo il contegno di un concorrente il quale ha *sua sponte* trasmesso alla stazione appaltante un'offerta indicante un determinato valore di PSF (e un punteggio conseguentemente basato sull'applicazione della legge di gara).

L'appellante contesta in definitiva il risultato del proprio stesso operato in sede di predisposizione della documentazione di gara (e non un atto lesivo adottato dall'amministrazione), lamentando che tale operato sia stato determinato e condizionato da un errore nell'impostazione del programma informatico necessario ai fini della formulazione

dell'offerta.

Non risulta, tuttavia, in atti che nel corso della fase di gara l'appellante abbia segnalato le problematiche connesse alla formulazione dell'offerta, né che abbia sollevato sul punto contestazioni di sorta.

Soltanto a seguito degli esiti (sfavorevoli) della procedura l'appellante ha lamentato l'erronea attribuzione del punteggio determinata dalla su descritta impostazione del programma informatico.

Tuttavia, lo si ripete, non di erronea attribuzione del punteggio da parte dell'amministrazione può parlarsi nel caso in esame, quanto – piuttosto – di erronea auto-attribuzione da parte del concorrente il quale nulla ha inizialmente eccepito circa i lamentati malfunzionamenti del programma informatico.

Del resto, l'affermazione contenuta a pagina 11 del ricorso introduttivo (secondo cui “*chi ha compilato il modulo per Siram ha digitato nella pertinente stringa il valore di PSF calcolato alla stregua dei criteri di gara (25,34), solo che il sistema ha automaticamente riportato tale valore a 25, così troncando le cifre decimali digitate ed impedendo [all'appellante] di indicare il proprio effettivo PSF e, quindi, di ricevere i 7 punti che le spettavano ai sensi di gara*”) non trova puntuale riscontro probatorio e si attesta, dunque, al livello di una mera e indimostrata affermazione.

Ed infatti, pur essendo verosimile la ricostruzione dinanzi riportata, non risulta in atti che l'appellante abbia proceduto ad alcuna forma di *contestatio* dell'accaduto nei confronti della stazione appaltante. Al contrario, l'appellante si è limitata ad indicare in modo autonomo un determinato punteggio (senza contestarne inizialmente le modalità determinative) e si è risolta solo successivamente a contestare tale (auto-)attribuzione, allegando fatti e circostanze (verosimili ma) mai pienamente dimostrati e – soprattutto – mai in precedenza contestati all'amministrazione.

3.2. I primo motivo di appello deve dunque essere respinto.

4. In via subordinata rispetto all'accoglimento del primo motivo il RTI appellante ha censurato l'illegittimità dell'intera procedura di gara, la quale risulterebbe irrimediabilmente viziata a causa dell'indebita commistione fra requisiti soggettivi del concorrente e requisiti oggettivi dell'offerta risultante dalla *lex specialis*.

In particolare, sulla base del criterio di gara dinanzi descritto *sub* 2.1 sarebbe accaduto che l'indice PSF illegittimamente assumesse la duplice valenza: *i*) di requisito soggettivo per la partecipazione del singolo concorrente (nel caso di PSF di valore inferiore a 18) e *ii*) di elemento di valutazione dell'offerta (nel caso di PSF di valore superiore a 18, il quale assurgeva ad elemento di valutazione dell'offerta tecnica).

4.1. Il motivo è infondato.

4.1.1. E' vero che, in base a un consolidato orientamento, costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato III, sent. 18 giugno 2012, n. 3550).

E' altresì vero che, nel caso in esame, la fissazione di una diversa soglia di punteggio relativa a un determinato elemento di valutazione (il più volte richiamato indice PSF), così come la fissazione di una soglia di punteggio minima non si atteggiava ad elemento di qualificazione dei concorrenti, ma esprimeva soltanto l'esigenza della stazione appaltante di poter disporre di concorrenti idonei ad assicurare un livello minimo di qualità tecnica.

Si tratta di un criterio valutativo del tutto conforme alla previsione del comma 8 dell'articolo 83 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ('Codice dei contratti pubblici'), secondo cui le stazioni appaltanti possono indicare "*livelli minimi di capacità*" (evidentemente intesi quali forme di *barrage* condizionanti la stessa partecipazione alle gare) e, allo stesso tempo, procedere "*[alla] verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative [e] delle competenze tecniche e professionali*" (intesa evidentemente in senso gradualistico e parametrico, con possibilità di modulare la valutazione in ragione del diverso grado di capacità riscontrato).

4.1.2. Del resto, la possibilità per le stazioni appaltanti di individuare "*livelli minimi di capacità*" idonei a condizionare la stessa partecipazione (ma non ad escludere la possibilità di utilizzare i medesimi parametri anche ai fini valutativi) è stata ammessa dal paragrafo 5 dell'articolo 58 della c.d. 'Direttiva appalti' n. 2014/24/UE.

4.1.3. Si osserva inoltre che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la possibilità di applicare in modo attenuata il tendenziale divieto di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, alla duplice condizione a) che taluni aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente 'illuminare' la qualità della offerta e b) che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (in tal senso: Cons. Stato, V, 3 ottobre 2012, n. 5197).

Si tratta di condizioni che sussistono nel caso in esame, atteso che: *i*) agli aspetti tecnici sottesi alla formulazione dell'indice PSF veniva riconosciuta notevole importanza ai fini della valutazione economico-finanziaria del singolo concorrente; *ii*) il punteggio del PSF non era riconosciuto soltanto in relazione alle pregresse esperienze professionali (atteggiandosi nella sostanza a requisito esperienziale) ma era connesso a ulteriori e diversi parametri (quali la liquidità corrente, l'autonomia finanziaria e l'indebitamento bancario) svincolati dalla mera esperienza pregressa del concorrente.

4.2. Anche il secondo motivo di appello deve dunque essere respinto.

5. Con il terzo motivo di appello (reiterativo di analogo motivo già articolato in primo grado e respinto dal T.A.R.) la Siram lamenta che illegittimamente la stazione appaltante, nel delineare le regole di attribuzione dei 70 punti relativi alla componente tecnica dell'offerta, si sarebbe soffermata in modo pressoché esclusivo sulle componenti tecniche ed organizzative delle

concorrenti ed avrebbe trascurato qualunque riferimento agli aspetti tecnici dell'offerta concretamente ricollegati alle caratteristiche dell'appalto.

5.1. Il motivo è infondato.

5.1.1. Va in primo luogo osservato che non può essere accolto il motivo con cui si è lamentata *in parte qua* la discrasia fra la legge di gara e le prescrizioni di cui alle linee guida dell'ANAC n. 2 del 21 settembre 2016 (in tema di 'Offerta economicamente più vantaggiosa').

Al riguardo ci si limita ad osservare che, trattandosi pacificamente di linee guida 'non vincolanti' (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del nuovo 'Codice dei contratti'), esse non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara.

Il testo in questione, quindi, lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggia soltanto quale strumento di "regolazione flessibile", in quanto tale volto all'incremento "dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti".

Il testo in parola risulta ricognitivo di principi di carattere generale, ivi compreso quello della lata discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione in punto di individuazione degli elementi di valutazione delle offerte.

Sulla base di orientamenti più che consolidati, tuttavia, deve affermarsi che tali scelte non possano essere censurate in giudizio se non in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità (nel caso di specie non ravvisabili).

Ebbene, a fronte di lavorazioni non caratterizzate da altissimo contenuto tecnico e da una certa ripetitività (quali le manutenzioni sui fabbricati ferroviari non interferenti con l'esercizio ferroviario e la conduzione e manutenzione di impianti di riscaldamento) non appare irragionevole la scelta della stazione appaltante di delineare indicatori di valutazione fondati essenzialmente sulla valutazione della struttura di impresa, sull'organizzazione del personale e sull'organizzazione tecnica del singolo concorrente.

Non può del resto essere condivisa la tesi dell'appellante secondo cui i parametri di valutazione in tal modo delineati non avrebbero in alcun modo consentito di tenere conto dei profili tecnici dell'offerta e delle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti.

Lo svolgimento dei lavori e dei servizi messi a gara non richiedeva una complessa attività di progettazione, ma soltanto una adeguata organizzazione delle lavorazioni e dei servizi posti a fondamento della *lex specialis*. Conseguentemente può risultare opinabile – ma non certamente abnorme – la scelta della stazione appaltante di valorizzare, ai fini valutativi, gli elementi relativi all'organizzazione del personale e all'organizzazione tecnica.

5.2. Anche il terzo motivo di appello deve quindi essere escluso.

6. Per le ragioni dinanzi esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Sussistono giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE Claudio Contessa Francesco Caringella

IL SEGRETARIO