

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Offerta economicamente più vantaggiosa - Criteri premiali - In relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente - Possibilità - Art. 95, co. 13, D. Lgs. n. 50/2016 - Ove l'attestazione del Rating abbia due o più stelle - Legittimità.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 16 novembre 2021, n. 2536

1. “[...] giova ricordare che l’art. 95 comma 13 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”) consente alle amministrazioni aggiudicatrici di indicare nella lex specialis di gara i criteri premiali da applicare alla valutazione dell’offerta «in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell’offerente», sempre però compatibilmente con il diritto dell’Unione Europea e con i principi in materia di contratti pubblici [...]”.

2. “[...] E’ legittima l’aggiudicazione di una gara di appalto di servizi, secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui, ai fini della valutazione dell’offerta tecnica, la lex specialis a) distingue i criteri discrezionali (D) da quelli tabellari (T); per i primi il punteggio è attribuito secondo una scala da “zero” al valore massimo, mentre per i secondi in caso di assenza del documento o della certificazione richiesta il punteggio è pari a zero, mentre in presenza dei medesimi è assegnato sempre il punteggio massimo, b) nell’ambito dei criteri tabellari, il punteggio previsto per il rating di legalità è, al massimo, di cinque punti su un totale di settanta previsti per il punteggio tecnico qualora l’attestazione del Rating abbia due o più stelle; infatti, il rapporto sopra evidenziato (cinque punti massimi su settanta) non pare eccessivo e tale da creare di per sé un ingiustificato trattamento di favore per le imprese titolari di rating di legalità [...]”.

FATTO

Il Ministero della Difesa – Stato Maggiore dell’Aeronautica Militare – Comando Aeroporto/Quartier Generale della 1^a Regione Aerea indiceva una procedura negoziata ad invito per l’affidamento del servizio di conduzione, gestione e manutenzione ordinaria dell’impianto di depurazione acque reflue n. 61 P.G., da svolgersi presso il Comando stesso in Milano.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 70 punti massimi all’offerta tecnica e di 30 punti massimi a quella economica.

Al termine della procedura risultava aggiudicatario il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI oppure ATI) con capogruppo Carboplant Srl e mandante GPG Srl, con complessivi 88,49 punti, di cui 62,00 per l’offerta tecnica.

Al secondo posto si collocava l'esponente (di seguito, anche solo "Caser"), con 87,00 punti, di cui 57,00 per l'offerta tecnica.

Contro il menzionato provvedimento di aggiudicazione era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio il Ministero della Difesa, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito all'udienza cautelare del 16.6.2021 il Collegio fissava l'udienza di discussione con ordinanza n. 594/2021.

A seguito dell'ostensione integrale degli atti di gara effettuata dall'Amministrazione l'esponente notificava un atto di motivi aggiunti, contenente nuove doglianze contro il provvedimento di aggiudicazione già gravato in via principale.

Alla pubblica udienza del 4.11.2021 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 Il Disciplinare di gara, all'art. 13 riguardante i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (cfr. il doc. 2 della ricorrente) distingue i criteri discrezionali (D) da quelli tabellari (T); per i primi il punteggio è attribuito secondo una scala da "zero" al valore massimo, mentre per i secondi in caso di assenza del documento o della certificazione richiesta il punteggio è pari a zero, mentre in presenza dei medesimi è assegnato sempre il punteggio massimo.

Fra i criteri tabellari è prevista la titolarità del "Rating di legalità del Concorrente" (si veda la tabella "A" punto 3 dell'art. 13 citato), con attribuzione di cinque punti qualora l'attestazione del Rating abbia due o più stelle.

Il RTI aggiudicatario si è visto assegnare i cinque punti indicati, mentre l'esponente non ha ottenuto per il criterio suindicato alcun punteggio, essendo priva del rating di legalità.

Nel primo mezzo di gravame (indicato come "A") la ricorrente sostiene che la disciplina sul rating di legalità – che può essere rilasciato soltanto ad imprese con un fatturato non inferiore a due milioni di euro – imporrebbe alle stazioni appaltanti di introdurre nella legge di gara, nell'ipotesi di punteggio assegnato ai titolari di rating, una serie di misure compensative, per non penalizzare gli operatori che non possono comunque ottenere il rating stesso.

L'Amministrazione, sempre secondo la prospettazione della società istante, non avrebbe previsto alcuna misura compensativa, il che renderebbe illegittima l'attribuzione dei suindicati cinque punti all'ATI affidataria.

La doglianza non è condivisa dal Collegio.

In via preliminare giova ricordare che l'art. 95 comma 13 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice") consente alle amministrazioni aggiudicatrici di indicare

nella *lex specialis* di gara i criteri premiali da applicare alla valutazione dell'offerta «*in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente*», sempre però compatibilmente con il diritto dell'Unione Europea e con i principi in materia di contratti pubblici.

Il rating di legalità è previsto dall'art. 5-ter del DL n. 1/2012 convertito con legge n. 27/2012, articolo che assegna all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcom) il potere di emanare un regolamento per l'attribuzione di un rating di legalità alle imprese operanti sul territorio nazionale aventi un fatturato minimo di due milioni di euro.

Il regolamento è stato approvato con deliberazione di Agcom n. 27165 del 15.5.2018, che all'art. 2 elenca i requisiti necessari per l'ottenimento del rating.

Il punteggio del rating è espresso in “stelle”, fino ad un massimo di tre (così l'art. 3 del regolamento).

Sull'impiego del rating di legalità per l'attribuzione dei punteggi in sede di gara, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nelle proprie Linee Guida n. 2/2016 – richiamate dalla ricorrente – segnala l'opportunità che in caso di utilizzazione siano introdotte misure compensative per evitare le penalizzazioni di imprese estere o di nuova costituzione o prive del fatturato minimo di legge, consentendo così a tali imprese di provare comunque l'esistenza delle condizioni per l'attribuzione del rating.

In altri termini, la previsione di un punteggio per il rating di legalità non può concretamente assumere un carattere discriminatorio nei confronti delle imprese concorrenti che si trovano nell'oggettiva impossibilità di ottenere il rating medesimo.

Sul punto deve rilevarsi dapprima come, nella presente fattispecie, il punteggio previsto per il rating di legalità è al massimo di cinque punti su un totale di settanta previsti per il punteggio tecnico (si veda ancora la tabella “A” dell'art. 13 del Disciplinare, che per i casi di attestazione con una o più stelle o di attestazione inferiore o in corso contempla invece tre o due punti).

Il rapporto sopra evidenziato (cinque punti massimi su settanta) non pare eccessivo e tale da creare di per sé un ingiustificato trattamento di favore per le imprese titolari di rating di legalità.

Quanto alle misure compensative, il Disciplinare prevede l'attribuzione di ulteriori otto punti tabellari in caso di possesso di due certificazioni di qualità, quella “BS OHSAS 18001” e quella “SA 8000”, nella misura di quattro punti per ciascuna.

La prima certificazione presuppone la realizzazione di un sistema di sicurezza sul lavoro caratterizzato dal rispetto della normativa sulla sicurezza a tutti i livelli; la seconda implica anch'essa il rispetto della normativa a tutela dei lavoratori sotto i profili della sicurezza, del rispetto

dell'orario di lavoro e anche dei diritti sindacali ed è ottenibile da imprese di qualsivoglia dimensioni.

Se si ha riguardo ai requisiti per l'ottenimento del rating di legalità elencati dall'art. 2 del regolamento Agcom sopra menzionato, si può notare che fra gli stessi (art. 2 comma 2 lettera "f") vi è quello circa il rispetto delle previsioni di legge sul rispetto della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro, oltre che l'assenza di condanne per reati in materia contributiva e del lavoro (art. 2 comma 2 lettere "a" e "b").

Appare quindi possibile sostenere che il possesso delle suindicate certificazioni di qualità, per un totale di otto punti, possa assurgere a misura compensativa del rating di legalità, per cui è previsto il massimo di cinque punti.

Ne consegue il rigetto del primo motivo del ricorso principale.

1.2 Nel secondo mezzo (indicato come "B") l'esponente evidenzia come l'ATI aggiudicataria abbia ottenuto sia i cinque punti del rating di legalità sia gli otto punti per le due certificazioni sopra indicate, nonostante soltanto la mandante GPG Srl abbia la titolarità del rating e delle certificazioni. Secondo la ricorrente, infatti, l'attribuzione dei succitati punteggi presuppone che tutte le imprese del raggruppamento siano titolari del rating o delle certificazioni (sul punto è citato anche un precedente del Consiglio di Stato, vale a dire la sentenza della Sezione V n. 1916/2020, riguardante però un appalto di lavori ed un raggruppamento di tipo verticale, vale a dire situazioni differenti da quelle di cui è causa).

La censura, per quanto suggestiva, non convince il Tribunale.

Sul punto deve dapprima evidenziarsi che la legge di gara nulla dispone sulla questione e che il presente appalto ha ad oggetto servizi (cfr. il doc. 2 del resistente, vale a dire la Richiesta di offerta-RDO ed anche il Disciplinare di gara, doc. 2 della ricorrente).

E' noto che negli appalti di servizi, oltre che di forniture, la disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese si caratterizza per una maggiore elasticità rispetto a quelli di lavori in ordine alla complessa questione del rapporto – all'interno dei raggruppamenti stessi – fra la quota di partecipazione al RTI, la quota del servizio da eseguirsi da parte delle imprese associate ed i requisiti di partecipazione alla gara.

Già in vigore dell'abrogato codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) la giurisprudenza, considerate le numerose modifiche introdotte all'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, è pervenuta alla conclusione che: *«...negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva competenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle*

disposizioni della lex specialis della gara» (così testualmente il principio di diritto enunciato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28.8.2014, n. 27).

Il principio di diritto sopra evidenziato è stato fatto proprio da successive decisioni del giudice amministrativo d'appello (cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 22.8.2016, n. 3666, per la quale, all'interno dei RTI, «...ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara»).

Parimenti lo stesso Consiglio di Stato ha rimarcato la differenza in materia fra gli appalti di servizi e forniture da una parte e quelli di lavori dall'altra; si veda la sentenza della Sezione V n. 7805 del 13.11.2019, per cui: «*In ogni caso, ed in via assorbente, deve confermarsi il principio (ex multis, Cons. Stato, III, 21 settembre 2017, n. 4403) secondo cui – con l'eccezione del caso di una esplicita e diversa richiesta del bando – è sufficiente che il raggruppamento nel suo complesso possieda il requisito di qualificazione richiesto, mentre a fini dell'esecuzione nella gara, tramite l'istituto dell'avvalimento, la singola azienda partecipante non deve obbligatoriamente possedere quel requisito (e quindi quelle competenze) per poter erogare il servizio, ma può avvalersi delle altre partecipanti al Rti. A ciò aggiungasi che non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture “non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara”;* rientra pertanto nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti (ex multis, Cons. Stato Ad. plen. 28 aprile 2014, n. 27)».

Tali decisioni appaiono del resto conformi alla previsione dell'art. 275 del DPR 207/2010, per la quale il bando fissa i requisiti di partecipazione alla procedura dei RTI e la misura in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli partecipanti.

Inoltre, se è pur vero che nel caso di specie viene in considerazione non un requisito di partecipazione ma un criterio di valutazione dell'offerta tecnica, deve parimenti evidenziarsi che si tratta di un criterio per così dire “soggettivo”, volto a premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa e non si vedono pertanto ragioni per escludere che tale criterio possa essere posseduto anche dal RTI nel suo complesso.

Infine si deve evidenziare che l'ATI aggiudicataria del presente appalto è un ATI di tipo orizzontale (cfr. il doc. 20 del resistente) sicché le imprese eseguono le stesse prestazioni e sono obbligate in solido nei confronti della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 del codice ed anche tale

circostanza giustifica la scelta dell'Amministrazione di assegnare i punteggi in contestazione al RTI nel suo insieme.

Per le stesse ragioni non è configurabile neppure l'illegittimità della *lex specialis* sul punto.

Si aggiunga da ultimo, per doverosa completezza, che l'esponente non potrebbe neppure lamentare una presunta discriminazione delle imprese singole rispetto a quelle riunite in ATI, posto che non era certo preclusa alla ricorrente l'associazione con altri operatori nella presente gara.

Anche il secondo mezzo del gravame principale deve quindi rigettarsi.

1.3 Nel terzo motivo di ricorso (indicato con la lettera "C") l'esponente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico e quale misura compensativa del rating di legalità, il possesso da parte di Caser della certificazione SOA per la categoria OS 22 in categoria IV-*bis* (cfr. il doc. 6 della ricorrente).

La doglianza non appare fondata, posto che – come sopra evidenziato – la legge di gara già prevedeva quale misura compensativa del rating il possesso delle certificazioni di qualità sopra citate al punto 1.1 della presente narrativa, per cui l'Amministrazione non poteva, pena la radicale violazione del Disciplinare, individuare una misura diversa e ulteriore.

A ciò si aggiunga ancora che l'attuale appalto ha carattere di appalto di servizi e non di lavori e che in ogni modo, a tutto voler concedere e fermo restando quanto sopra esposto, il valore della base d'asta dell'attuale gara è di poco superiore a 44.000,00 euro, di conseguenza inferiore alla soglia di legge prevista per il possesso della SOA (euro 150.000,00, stante l'art. 84 comma 1 del codice).

Ne conseguono il rigetto del terzo motivo e dell'intero ricorso principale.

2. Nel primo motivo aggiunto (indicato con la lettera "D") l'esponente sostiene che il RTI aggiudicatario doveva essere escluso per la presunta violazione dell'art. 4 del Disciplinare sull'obbligo di sopralluogo (cfr. ancora il doc. 2 della ricorrente).

In particolare, a detta della parte istante, il rappresentante della mandataria del costituendo ATI avrebbe effettuato il sopralluogo senza essere munito della delega dell'altro operatore (cfr. il doc. 16 della ricorrente).

La censura è priva di pregio.

L'art. 4 del Disciplinare prevede espressamente (terzo comma) l'obbligatorietà del sopralluogo, da effettuarsi a pena di esclusione.

Parimenti (si veda l'art. 9 del Disciplinare) è contemplata l'esclusione in caso di mancata allegazione, fra la documentazione amministrativa, della dichiarazione comprovante l'avvenuto sopralluogo.

E' pur vero che l'art. 4 stabilisce – al terzultimo comma – che in caso di raggruppamenti di imprese, ancorché non ancora costituiti, il sopralluogo può essere svolto da un solo incaricato, purché munito della delega degli altri operatori; tuttavia non è prevista alcuna esplicita comminatoria di esclusione nel caso di omessa allegazione delle deleghe al verbale di sopralluogo né tantomeno è previsto che la delega debba essere redatta per iscritto a pena di esclusione.

L'interpretazione della legge di gara deve essere condotta sulla base dei criteri ermeneutici di cui agli articoli 1362 e seguenti del codice civile, tenendo peraltro fermi i principi di libera concorrenza e di massima partecipazione (si vedano l'art. 30 e l'art. 83 comma 2 del codice) ed evitando così interpretazioni eccessivamente formalistiche, che avrebbero quale unico effetto un'indebita restrizione della partecipazione degli operatori.

Nel caso di specie, atteso il tenore letterale dell'art. 4 del Disciplinare, non poteva escludersi la validità di una delega anche orale, sicché l'effettuazione del sopralluogo da parte del solo rappresentante della capogruppo – in mancanza di elementi contrari – ben poteva essere riferita anche alla mandante.

Del resto – e fermo restando quanto sopra esposto – il documento attestante l'avvenuto sopralluogo è stato sottoscritto digitalmente – al momento del deposito in gara – da entrambi i rappresentanti delle imprese riunite (cfr. il doc. 41 del resistente), il che conferma la riferibilità della dichiarazione di sopralluogo anche all'impresa mandante.

Quanto al precedente giurisprudenziale citato dall'esponente (sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sezione I n. 576/2020), risulta che la pronuncia è stata riformata sul punto dal Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 2355/2021, che ha valorizzato i principi di massima partecipazione e della necessità di una interpretazione restrittiva della clausola sull'obbligo di sopralluogo.

Il primo motivo aggiunto deve quindi respingersi.

2.1 Nel secondo motivo aggiunto (lettera "E") la società istante contesta l'attribuzione all'aggiudicataria dei cinque punti previsti dalla tabella "A" punto 2 dell'art. 13 del Disciplinare per l'ipotesi della presentazione di una dichiarazione avente ad oggetto la designazione del responsabile del servizio, degli orari di reperibilità e dell'incondizionata disponibilità ad effettuare sopralluoghi (cfr. il doc. 32 del resistente per il verbale di assegnazione dei punteggi tecnici).

In realtà risultano documentati *per tabulas* la presentazione all'Amministrazione sia della nota di designazione del responsabile del servizio (cfr. il doc. 15 del resistente, pag. 1), sia di una relazione tecnica con l'espressa indicazione che il responsabile stesso è "sempre reperibile" al numero di

cellulare, oltre che presso le sedi aziendali ed all'indirizzo di posta elettronica (cfr. il doc. 14 del resistente, pag. 3, ultima parte del punto 1.2).

L'assegnazione del punteggio succitato non appare di conseguenza erronea, dal che consegue la reiezione del secondo mezzo di gravame.

2.2 Nel terzo ed ultimo motivo aggiunto (lettera "F") l'esponente lamenta la presunta violazione dell'art. 48 comma 4 del codice in quanto le imprese dell'ATI vincitrice non avrebbero evidenziato le parti del servizio che sarebbero state svolte da ciascuna di esse (cfr. il doc. 20 del resistente per la dichiarazione del costituendo RTI).

Si evidenzia sul punto che l'ATI di cui sopra ha carattere di raggruppamento orizzontale, in conformità del resto alla legge di gara (si veda ancora il doc. 2 del resistente e anche il doc. 2 della ricorrente) che non distingueva fra prestazioni principali e prestazioni secondarie, impendendo così la partecipazione ai raggruppamenti di tipo verticale.

Nei RTI orizzontali gli operatori eseguono tutti le medesime prestazioni, sicché nel caso di specie le due imprese costituenti l'ATI aggiudicataria hanno indicato la percentuale di partecipazione al RTI (rispettivamente 51% e 49%,) senza però alcuna minuziosa elencazione delle attività svolte da ciascuna, il che appare comprensibile, considerato il carattere del raggruppamento e l'indicazione dell'oggetto dell'appalto contenuta nella legge di gara, peraltro di importo non elevato (poco più di 44.000,00 euro).

La *lex specialis*, infatti, si riferisce al solo servizio di conduzione, manutenzione e gestione dell'impianto di depurazione, senza altro aggiungere (si veda ancora il doc. 2 del resistente), per cui legittimamente le imprese hanno indicato la sola percentuale di partecipazione al RTI.

Anche la terza ed ultima censura deve quindi essere respinta.

Ne consegue il rigetto dell'intero ricorso per motivi aggiunti.

3. Le spese di causa possono essere interamente compensate, attesa la complessità delle questioni poste all'attenzione del Collegio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

IL SEGRETARIO