Pubblicato il 04/04/2022
N. 00752/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01272/2021 REG.RIC.
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA
sul ricorso numero di registro generale 1272 del 2021, proposto da
Consorzio Progetto Multiservizi - Consorzio stabile, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Renna, Nicola Sabbini, Lucia Bolognini e Daniela Amati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mauro Renna in Milano, viale Bianca Maria, 45;
contro
Fondazione Teatro alla Scala di Milano, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Matteo Masoni e Manuela Cundari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti
Euro & Promos Fm s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione e Adriano Cavina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Claudio Guccione in Milano, via Mengoni, 4;
per l'annullamento
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, comunicato con determinazione prot. n. 752/2021 del 21 giugno 2021, pubblicata in data 25 giugno 2021, per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili in uso alla Fondazione Teatro alla Scala e sue sedi esterne e del relativo "Avviso di aggiudicazione definitiva" del 25 giugno 2021;
- del bando e del disciplinare di gara;
- di tutti i verbali del seggio di gara e di tutti i verbali della commissione giudicatrice;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto;
e per l'accertamento dell'obbligo della Fondazione Teatro alla Scala di disporre l'aggiudicazione della gara in favore del Consorzio Progetto Multiservizi - Consorzio stabile;
nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nel frattempo stipulato con la società aggiudicataria, con conseguente subentro nello stesso del Consorzio Progetto Multiservizi - Consorzio stabile o, nel caso in cui ciò non fosse possibile, per il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Teatro alla Scala di Milano e della società Euro & Promos FM s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli articoli 74 e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2022 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando spedito per la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in data 7 dicembre 2020, la Fondazione Teatro alla Scala (d'ora in avanti solo la Fondazione) ha indetto una procedura aperta telematica per l'affidamento dei servizi di pulizia e sanificazione del Teatro alla Scala e delle sedi esterne, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e per la durata di due anni, estensibile in via opzionale ad un ulteriore anno.
Hanno presentato domanda di partecipazione ventotto operatori economici, tra i quali il Consorzio Progetto Multiservizi – Consorzio stabile (d'ora in avanti solo il Consorzio).
All'esito della fase di valutazione delle offerte, è risultata prima classificata l'offerta presentata dalla società Euro & Promos Fm p.a. mentre l'offerta presentata dal Consorzio si è collocata in tredicesima posizione.
In data 13 maggio 2021 il responsabile unico del procedimento e la commissione giudicatrice hanno avviato la fase di verifica di congruità dell'offerta presentata dalla Euro & Promos Fm s.p.a., la quale, sulla scorta della relazione redatta in data 18 giugno 2021, è stata ritenuta non anomala.
Con provvedimento del 25 giugno 2021 la Fondazione ha aggiudicato il servizio di pulizia e di sanificazione delle proprie sedi alla Euro & Promos Fm s.p.a..
1.1. Con ricorso notificato il 26 luglio 2021 e depositato il 27 luglio 2021, il Consorzio ha domandato l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e di tutti gli atti ad esso presupposti, inclusa la *lex specialis* di gara, per i motivi di seguito specificati.
1.1.1. Con il primo motivo ha eccepito il contrasto dell'articolo 14 del disciplinare di gara con il principio di separazione dell'offerta tecnica dall'offerta economica.
In particolare, il Consorzio si duole dell'inserimento, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, del sub criterio indicato al punto A.2.3. dell'articolo 14, avente ad oggetto il <<*numero di monte ore per tipologia di addetto, in relazione al piano di lavoro ed ai macchinari utilizzati*>>, il quale, in considerazione della qualificazione del servizio di pulizia tra quelli ad alta intensità di manodopera, dei limiti legali al ribasso del costo del lavoro e della centralità della manodopera nell'economia del contratto, avrebbe consentito alla commissione giudicatrice di effettuare una stima attendibile ed anticipata dell'offerta economica dei concorrenti.
1.1.2. Con il secondo motivo ha eccepito la contrarietà ai principi di trasparenza e di imparzialità del metodo di attribuzione del punteggio tecnico utilizzato dalla commissione giudicatrice, la quale ha postergato la valutazione degli elementi tecnici secondo i criteri discrezionali a quella secondo i criteri vincolati, specificati nell'articolo 16 del disciplinare di gara.
1.2. Ha resistito al ricorso la Fondazione riaffermando la legittimità degli articoli 14 e 16 del disciplinare di gara, i quali sono stati predisposti secondo le indicazioni fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti solo ANAC).
1.3. Si è costituita in giudizio anche la società controinteressata Euro & Promos Fm p.a., la quale ha preliminarmente eccepito:
a) l'inammissibilità del ricorso, nella parte in cui contiene la domanda di risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione del servizio alla società ricorrente e subentro della stessa nell'esecuzione del contratto, in ragione della posizione di tredicesima classificata alla stessa attribuita e dalla stessa non contestata;
b) l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse alla sua decisione, in ragione dell'omessa impugnazione del bando tipo ANAC n. 2/2018, al quale la stazione appaltante si è uniformata nella predisposizione della *lex specialis*.
Nel merito, la società controinteressata ha chiesto il rigetto di entrambi i motivi di ricorso.
1.4. Con ordinanza n. 894 del 10 settembre 2021 questa Sezione ha favorevolmente apprezzato le esigenze di tutela prospettate dalla società ricorrente ed ha pertanto fissato l'udienza pubblica per la trattazione del merito del ricorso.
Con ordinanza n. 5485 dell'1 ottobre 2021 la quinta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare proposto dalla società ricorrente.

1.5. In data 19 ottobre 2021 è stato stipulato il contratto tra la Fondazione e la società Euro & Promos Fm p.a. e, in data 29 ottobre 2021, è stata avviata l'esecuzione del servizio di pulizia e di sanificazione.
1.6. In vista della trattazione del merito del ricorso, tutte le parti hanno depositato documenti e memorie; la società ricorrente e la società controinteressata hanno depositato anche memorie di replica.
1.7. Alla pubblica udienza del 9 febbraio 2022 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.
2. Il Collegio deve preliminarmente rigettare l'eccezione di inammissibilità dei motivi di ricorso per carenza di interesse alla loro decisione, formulata dalla società controinteressata.
L'interesse ad impugnare le clausole non immediatamente escludenti della *lex specialis,* da parte dell'operatore economico che abbia partecipato alla gara, non viene meno perché il medesimo non ha provveduto ad impugnare un atto di natura regolatoria, solo tendenzialmente vincolante per le stazioni appaltanti, quale lo schema del disciplinare predisposto dall'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti solo ANAC) per una determinata tipologia di gare, ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.
L'interesse alla decisione del secondo motivo di ricorso non nasce inoltre dalle previsioni contenute nello schema di disciplinare allegato al bando tipo ANAC n. 2/2018 ma, come specificato dalla parte ricorrente, dalle modalità di valutazione delle offerte tecniche, adottate dalla commissione giudicatrice.
3. In assenza di un'espressa graduazione dei motivi di ricorso effettuata dalla parte ricorrente, il Collegio ritiene di dover escutere prioritariamente il secondo motivo di ricorso, con il quale è stato contestato l'ordine di valutazione dei criteri tecnici individuati nell'articolo 16 del disciplinare di gara.
Esso è infondato.
L'articolo 16 del disciplinare di gara contiene l'indicazione dei criteri di valutazione dell'elemento tecnico-organizzativo, al quale è attribuito il punteggio complessivo massimo di 80 punti, e della loro suddivisione in sub criteri di valutazione, ai quali sono attribuiti punteggi discrezionali, tabellari o quantitativi.
Secondo un indirizzo giurisprudenziale che il Collegio condivide, il codice dei contratti pubblici attribuisce alla commissione giudicatrice un'ampia discrezionalità nell'individuazione del *modus operandi* utilizzato per la valutazione dell'offerta tecnica, la quale incontra come unico limite il vizio dell'eccesso di potere, ravvisabile tutte le volte in cui le modalità di attribuzione dei punteggi siano manifestamente illogiche o discriminatorie e tali da aver determinato un'erronea attribuzione degli stessi (Consiglio di Stato, Sezione III, 15 marzo 2021, n. 2243; 23 dicembre 2020, n. 8295).
La società ricorrente non ha provato la sussistenza degli indicatori dell'eccesso di potere ma si è limitata a sottolineare la singolarità del *modus operandi* seguito dalla Commissione, la quale ha valutato, per ciascun criterio, tutti i sub criteri che lo compongono, a prescindere dalla loro natura discrezionale o vincolata.
Il Collegio non ritiene che tale *modus operandi* presenti profili di manifesta illogicità, atteso che la valutazione necessariamente unitaria di ciascun criterio tecnico-organizzativo implica la valutazione contestuale di sub criteri di varia natura, senza necessità di graduazione in base alla loro natura.
La società ricorrente non ha allegato neppure profili manifestamente discriminatori nell'attribuzione dei punteggi agli operatori economici ma si è limitata ad affermare, senza provarlo, che il punteggio tecnico attribuito alla società Euro & Promos Fm p.a. sarebbe eccessivo e che l'attribuzione del punteggio per i sub criteri discrezionali sarebbe stata falsata dalla contestuale conoscenza degli elementi di valutazione quantitativa.
Il Collegio non considera che l'annullamento dell'aggiudicazione della precedente gara alla società Euro & Promos Fm p.a., disposto da questo Tribunale con sentenza del 10 febbraio 2018, n. 399, possa assurgere, contrariamente a quanto paventato dalla parte ricorrente, ad indicatore oggettivo ed apprezzabile del favoritismo che la stazione appaltante avrebbe inteso riservare alla stessa nell'aggiudicazione del servizio di pulizia e sanificazione delle proprie sedi.

Il secondo motivo di ricorso deve essere pertanto rigettato.
4. Il primo motivo di ricorso, con il quale il Consorzio ha eccepito l'illegittimità della *lex specialis* per contrasto con il principio di separazione dell'offerta tecnica dall'offerta economica, è invece fondato.
Il divieto di commistione tra l'offerta tecnica e l'offerta economica è un corollario dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di *par condicio* dei concorrenti ed è finalizzato alla tutela della segretezza dell'offerta economica, in modo che la conoscenza anche di alcuni degli elementi che la compongono non possa condizionare la valutazione degli elementi discrezionali che compongono l'offerta tecnica.
Secondo un costante indirizzo giurisprudenziale che il Collegio condivide, perché sia violato il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, è sufficiente l'astratta possibilità, per la commissione giudicatrice, di conoscere il contenuto di alcune componenti dell'offerta economica contestualmente alla valutazione dell'offerta tecnica (Consiglio di Stato, Sezione III, 7 aprile 2021, n. 2819; Sezione V, 19 ottobre 2020, n. 6308; 29 aprile 2020, n. 2732; 24 gennaio 2019, n. 612).
Tale interpretazione possibilista è l'unica compatibile con la tutela avanzata che postula il principio di segretezza dell'offerta economica negli appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, posto a presidio dell'imparzialità di giudizio della commissione giudicatrice.
4.1. Ai sensi dell'articolo 14 del disciplinare di gara, nel progetto tecnico i concorrenti devono indicare, nella parte dedicata all'illustrazione dell'organizzazione del servizio e nel capitolo relativo alla qualità del piano di lavoro e delle apparecchiature utilizzate, il <<*numero di monte ore per tipologia di addetto*>>.
Osserva il Collegio che le modalità di confezionamento della *lex specialis* presentano una serie di indicatori della possibilità che la Commissione giudicatrice, in contrasto con il divieto di commistione tra l'offerta tecnica e l'offerta economica, sia resa edotta del costo del lavoro, desumibile dal monte ore dichiarato per ciascuna tipologia di addetto, prima dell'attribuzione del punteggio per i sub criteri di natura discrezionale e che dunque possa esserne, sia pure indirettamente, condizionata.
Tali indicatori vanno innanzitutto ravvisati nella natura del servizio di pulizia e sanificazione degli immobili, il quale rientra a pieno titolo tra quelli ad alta intensità di manodopera, e nella prevalenza accordata alla distribuzione del punteggio tra l'offerta tecnica e l'offerta economica, in favore del primo, previsto per un massimo di 80 punti.
Pertanto la specifica indicazione contenuta nel progetto tecnico del monte ore complessivo per ogni singola tipologia di addetto - al quale, in virtù dell'articolo 16 del disciplinare di gara è attribuito il punteggio massimo di cinque punti secondo un criterio vincolato di tipo quantitativo - nonché la limitata possibilità di ribasso dei costi della manodopera e la preponderanza che il costo della manodopera assume nel costo complessivo del servizio, si rivelano idonei, *ex ante* ed in concreto, a svelare alla commissione giudicatrice la conoscenza anticipata, già nella fase di valutazione del progetto tecnico, di un elemento contenuto nell'offerta economica.
4.2. La circostanza che la Fondazione abbia adottato il disciplinare di gara in conformità allo schema allegato al bando tipo n. 2/2018 <<*per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di pulizia di importo pari o superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*>>, approvato dall'ANAC con deliberazione consiliare n. 2 del 10 gennaio 2018, non è idonea ad escludere il rischio di violazione del divieto di commistione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.
Nell'allegato 2 al predetto bando tipo sono riportati una serie di criteri dimostrativi, tra i quali, per il criterio relativo alla qualità del piano di lavoro e delle apparecchiature utilizzate, è specificato il sub criterio della <<*coerenza del monte ore proposto per tipologia di addetto con il piano di lavoro e i macchinari utilizzati*>>.

Tali criteri hanno un valore meramente esemplificativo e non sono vincolanti per la stazione appaltante, la quale può discostarsene per garantire una valutazione più attinente alle esigenze tecniche ed organizzative del servizio oggetto della procedura competitiva.
Il Collegio ritiene tuttavia che l'aver eliminato, nella redazione del disciplinare di gara, il riferimento al valore relazionale della <<*coerenza*>> e l'aver ridotto il criterio alla mera indicazione quantitativa del monte ore per tipologia di addetto non spieghi alcuna utilità in relazione alle esigenze tecniche ed organizzative del servizio, neppure esplicitate dalla stazione appaltante.
4.3. Il primo motivo di ricorso deve essere dunque accolto e, per l'effetto, devono essere annullati il bando e il disciplinare di gara e, in via derivata, tutti gli atti successivi, inclusa l'aggiudicazione del servizio alla società Euro & Promos Fm p.a..
5. In considerazione della necessità di rinnovare la procedura di gara, conseguente alla natura del vizio accertato, il Collegio, tenuto conto dell'interesse pretensivo della parte ricorrente a vedersi riconosciuta la *chanche* di concorrere nuovamente per ottenere l'aggiudicazione del servizio, della natura fungibile e non essenziale del servizio di pulizia e sanificazione, il quale può essere comunque assicurato in via interinale, ritiene di dover dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato tra la Fondazione e la società Euro & Promos Fm p.a. in data 19 ottobre 2021.
6. La domanda di risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione del servizio alla società ricorrente e di subentro della stessa nell'esecuzione del contratto devono essere dichiarate inammissibili non soltanto perché il vizio riscontrato comporta l'obbligo di rieditare la procedura di gara ma anche perché esse sono affette da inammissibilità per eccessiva genericità, siccome proposte esclusivamente nell'epigrafe e nelle conclusioni del ricorso, senza che siano state specificate, nei motivi di ricorso, argomentazioni a loro sostegno.
7. In conclusione, il secondo motivo di ricorso deve essere rigettato.
Deve essere invece accolto il primo motivo di ricorso e per l'effetto, devono essere annullati il bando e il disciplinare di gara e, per invalidità derivata, la determinazione di aggiudicazione prot. n. 752/2021 del 21 giugno 2021.
Deve essere altresì dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato tra la Fondazione e la società controinteressata in data 19 ottobre 2021, con decorrenza dal 120° giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza.
8. Le spese di lite seguono la soccombenza della parte resistente e della società controinteressata e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.
P.Q.M.
Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:
- respinge il secondo motivo di ricorso;
- accoglie il primo motivo di ricorso e, per l'effetto, annulla il bando e il disciplinare di gara e, in via derivata, tutti gli atti successivi, inclusa la determinazione di aggiudicazione del servizio alla società Euro & Promos Fm p.a.;
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra la Fondazione Teatro alla Scala e la società Euro & Promos Fm p.a., a far data dal 120° giorno successivo alla data di pubblicazione della presente sentenza;
- condanna la Fondazione Teatro alla Scala e la società Euro & Promos Fm p.a. a corrispondere al Consorzio ricorrente le spese di lite, che liquida in complessivi euro 6.000,00 (seimila/00) oltre accessori, di cui euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori, posti a carico di ciascuna parte soccombente.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:
Domenico Giordano, Presidente
Mauro Gatti, Consigliere
Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO