

TAR Lombardia, Sezione Quarta, Sentenza n. 3592 del 10 dicembre 2024

Affidamenti diretti previa indagine di mercato – Criteri di selezione – Modifica in corso di gara –
Illegittimità – Principio dell'autovincolo della SA

Pubblicato il 10/12/2024

N. 03592/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01490/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1490 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l. (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in relazione alla procedura CIG (...);

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determina n. 347/2024, assunta in data 16 maggio 2024 e comunicata in

pari data, con cui la (...) ha disposto l'affidamento a (...) S.r.l. del servizio di analisi del parametro legionella negli impianti idrici e di condizionamento della (...); nonché di tutti gli atti ad essa presupposti, successivi e conseguenti, tra cui, in particolare: (i) la nota mail del 21.11.2023 del Dirigente Medico della Direzione Medica del (...), richiamata nella determina impugnata e di contenuto non noto alla ricorrente; (ii) la nota mail del 06.02.2024 del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, anch'essa richiamata nel provvedimento impugnato e non nota alla ricorrente; (iii) la manifestazione di interesse attivata dalla (...) in data 27.02.2024; (iv) la nota mail del 27.03.2024, citata nella determina di aggiudicazione e non nota alla ricorrente;

e per il conseguimento dell'aggiudicazione dell'affidamento *de quo*, previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata, dichiarando sin d'ora la disponibilità al subentro a norma degli artt. 122 e 124 del D.lgs. n. 104/2010, nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ex art. 30 del D.lgs. n. 104/2010, in forma specifica mediante subentro nel contratto ovvero mediante indizione di una nuova procedura emendata dai vizi censurati;

in via subordinata, qualora non venisse concessa la tutela in forma specifica, per la condanna della resistente al risarcimento del danno per equivalente nella misura che verrà quantificata in giudizio oppure giudizialmente in via equitativa;

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 27/7/2024:

- della Determina n. 347/2024, assunta in data 16 maggio 2024, già impugnata con il ricorso introduttivo;

- della nota del 27.03.2024, a firma del Direttore del (...), recante le valutazioni delle ditte partecipanti effettuate congiuntamente dalle tre Direzioni Mediche di Presidio e dai Servizi di Igiene Ospedaliera di (...), (...) e (...), da cui risulta (...) S.r.l. (...) "non idonea" con punteggio di 29 e (...) S.r.l. "idonea" con un punteggio di 66;

- dei criteri valutativi adoperati per l'attribuzione dei punteggi e l'espressione dei giudizi trasfusi nella nota del 27 marzo 2024;

- delle schede di valutazione della ricorrente e della controinteressata;

nonché di tutti gli atti presupposti alla determina di affidamento, successivi e conseguenti, anche non noti e, in particolare, della manifestazione di interesse del 27.02.2024;

e per il conseguimento dell'affidamento *de quo*, previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata, dichiarando sin d'ora la disponibilità al subentro a norma degli artt. 122 e 124 del D.lgs. n. 104/2010, nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ex art. 30 del D.lgs. n. 104/2010, in forma specifica mediante subentro nel contratto ovvero mediante indizione di una nuova procedura emendata dai vizi censurati;

in via subordinata, qualora non venisse concessa la tutela in forma specifica attraverso l'assegnazione del servizio e/o la ripetizione della procedura, per la condanna della resistente al risarcimento del danno per equivalente nella misura che verrà quantificata in giudizio oppure giudizialmente in via equitativa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'(...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2024 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 27.02.2024, l'(...) (di seguito solo "(...)" o "stazione appaltante") ha

avviato, tramite procedura telematica sulla Piattaforma Sintel, una “*indagine esplorativa per il servizio di analisi del parametro legionella negli impianti idrici e di condizionamento dell’(...) per il periodo di 12 mesi*”, del valore complessivo di euro 35.000,00 Iva esclusa.

2. In particolare, il servizio ha ad oggetto “*l’attività di campionamento ed analisi per la ricerca e conteggio della legionella ed eventuali determinazione del sanificante presente negli impianti idrici*”, comprensiva della “*trasferta sino ai punti di prelievo richiesti dalle Direzioni Mediche degli Ospedali*” ivi specificamente menzionati. Nei chiarimenti resi in data 11 e 15 marzo 2024, l’(...) ha precisato che l’affidamento sarebbe stato effettuato “*utilizzando il criterio del minor prezzo, valutata l’idoneità tecnica ed economica del servizio offerto*”.

3. All’indagine di mercato hanno dato riscontro plurimi operatori – tra cui anche l’odierna ricorrente (...) S.r.l. (...) (di seguito solo “(...)”) – e, all’esito delle valutazioni condotte dalla stazione appaltante, con determinazione n. 347 del 16.05.2024 il servizio è stato aggiudicato alla ditta (...) S.r.l. (di seguito solo “(...)”).

4. Con nota del 20.05.2024, l’odierna ricorrente (...) ha invitato l’(...) a disporre la sospensione dell’aggiudicazione e valutare l’annullamento in autotutela della procedura, formulando, altresì, contestuale istanza di accesso agli atti della procedura ai sensi della Legge n. 241/1990 e, comunque, in applicazione dei principi di trasparenza di cui al D.Lgs. n. 33/2013.

5. Con il presente ricorso, (...) ha impugnato l’affidamento del servizio a favore di (...), articolando le seguenti censure:

- “*I^ MOTIVO: Violazione dell’art. 48 co. 1 D.Lgs. n. 36/2023 e dei principi cui esso rimanda. Violazione, in particolare, dei principi di fiducia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Violazione dell’art. 3 L.241/1990. Eccesso di potere per contraddittorietà e perplessità dell’azione amministrativa. Violazione del principio dell’auto-vincolo*”: premesso che nella procedura in questione troverebbe applicazione *ratione temporis* il D.Lgs. n.

36/2023 e non il D.Lgs. n. 50/2016, erroneamente richiamato dalla stazione appaltante, la ricorrente lamenta che l'amministrazione non si sarebbe attenuta al criterio di selezione dell'affidatario che avrebbe reiteratamente indicato come applicabile, in violazione delle disposizioni cui la stessa si è autovincolata e del principio del legittimo affidamento. Difatti, se avesse effettivamente fatto ricorso al minor prezzo – come dichiarato nei chiarimenti – non avrebbe potuto individuare come contraente (...), poiché il prezzo offerto da quest'ultima sarebbe maggiore di quello proposto dalla ricorrente. In ogni caso, anche ammettendo che fosse consentito procedere sulla base di criteri qualitativi e non meramente economici, la stazione appaltante avrebbe dovuto indicarli con il relativo peso prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, mentre gli stessi risulterebbero contenuti in un documento non osteso. La ricorrente lamenta poi la contraddittorietà dell'azione amministrativa che, dopo aver stimolato un confronto tra gli offerenti, ne avrebbe pregiudicato l'effettivo espletamento, non rendendo noti i profili qualitativi che avrebbero meglio soddisfatto le esigenze dell'amministrazione e, quindi, non consentendo alle ditte offerenti di approntare una documentazione tecnica puntuale su tali aspetti, in violazione del principio del risultato perché non vi sarebbe garanzia che sia effettivamente emersa la migliore offerta sotto il profilo qualitativo ed essendo certo, invece, che non sarebbe stato assicurato il minor prezzo.

6. Oltre alla domanda caducatoria, la ricorrente ha chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dall'(...) ai sensi dell'art. 122 c.p.a. e la condanna di quest'ultima, quale tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a., a disporre il subentro di (...) nel contratto medesimo ovvero a rinnovare la procedura emendata dai vizi censurati.

7. Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata per resistere al gravame, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse ad agire, poiché la ricorrente non potrebbe ambire, in ragione della posizione in

graduatoria e non avendo comunque offerto il prezzo più basso, all'affidamento del servizio in parola. Nel merito, ha poi chiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

7. A seguito del parziale accesso agli atti consentito in data 21.06.2024 dalla stazione appaltante, la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti impugnando, oltre alla determina di aggiudicazione già oggetto del ricorso introduttivo, anche la nota del 27.03.2024 recante le valutazioni relative alle ditte partecipanti alla procedura, nella quale (...) è definita “non idonea” con punteggio di 29 e (...) è considerata “idonea” con un punteggio di 66, nonché le schede valutative delle due ditte e i criteri valutativi adoperati per l'attribuzione dei punteggi e l'espressione dei giudizi trasfusi nella nota del 27 marzo 2024.

7.1 A sostegno del gravame deduce un unico articolato motivo di ricorso, rubricato *“violazione degli artt. 17, 48 e 50 del D.Lgs. n. 36/2023 e dei principi cui esso rimanda. Violazione, in particolare, dei principi di fiducia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Violazione dell'art. 3 L.241/1990. Eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa. Violazione dell'art. 9 della delibera del direttore Generale n. 1167 del 6 dicembre 2023. Illogicità manifesta”*. In particolare, la ricorrente svolge le seguenti censure:

- la stazione appaltante avrebbe operato una valutazione asseritamente qualitativa, senza rendere in alcun modo noti ai partecipanti, prima del termine per la presentazione delle proprie offerte, le voci su cui avrebbe parametrato la qualità del servizio e valutato le relazioni tecniche, in violazione, tra l'altro, anche dell'art. 9 della delibera del Direttore Generale n° 1167 del 6.12.2023, che contiene il regolamento aziendale sulle procedure di acquisto, a sua volta riproduttivo dell'art. 17, comma 1 del D.Lgs. n. 36/2023. I criteri di valutazione, pertanto, sarebbero stati elaborati ex post dopo l'avvio della procedura, la ricezione e la visione delle offerte;
- il giudizio di non idoneità al servizio espresso nei confronti di (...) sarebbe del

tutto illogico e incomprensibile, sia perché la ditta possiederebbe tutti i requisiti di minima evincibili dalla manifestazione di interesse, come garantito dal certificato di accreditamento n. 0606L rev. 6 del 15/09/2022 che comproverebbe, oltre alla conformità ai principi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2018 e ISO 9001:2015, il possesso dei requisiti che un laboratorio deve soddisfare per garantire dati e risultati affidabili, nonché dall'ulteriore certificazione ISO 19458:2006;

- l'aggiudicataria avrebbe ricevuto un giudizio elevato pur non avendo prodotto le *“Attestazioni comprovanti il possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività in oggetto”*, espressamente previste come parte integrante della documentazione tecnica;

- l'amministrazione non avrebbe in ogni modo potuto esprimere alcun giudizio di maggiore/minore rispondenza *“qualitativa”* adoperando voci non rese note a (...) e dalla stessa non conoscibili, dopo aver indotto i partecipanti a concentrarsi sul solo elemento economico; inoltre, avrebbe utilizzato gli stessi criteri cui aveva fatto ricorso nel precedente affidamento, conseguito da (...), unica ditta partecipante a poter un'offerta consapevole.

8. Le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi in vista della trattazione di merito del ricorso e, all'udienza del 27.11.2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità dei ricorsi per difetto di interesse ad agire sollevata dall'(...). Quest'ultima, in particolare, evidenzia che la ricorrente non potrebbe in alcun modo ambire a conseguire l'affidamento del servizio, in quanto: a) risulterebbe collocata al decimo posto della graduatoria formata dalla stazione appaltante, con davanti 9 offerenti che hanno ricevuto valutazioni migliori; b) non sarebbe stata comunque la prima in graduatoria anche se quest'ultima fosse stata predisposta sulla base del solo criterio del prezzo più basso, poiché un'altra impresa avrebbe offerto un prezzo inferiore; c) la proposta dalla stessa formulata, infine, è stata ritenuta *“non idonea”*.

10. Ritiene il Collegio che l'eccezione sollevata dalla stazione appaltante sia solo parzialmente fondata, nei termini di seguito precisati.

11. Va premesso che, sia nel ricorso introduttivo che nei motivi aggiunti, (...) ha domandato, in uno con l'annullamento dell'aggiudicazione, la declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato dall'amministrazione e il relativo subentro oppure, alternativamente, la riedizione della gara emendata dai vizi denunciati; in via subordinata, *“qualora non venisse concessa la tutela in forma specifica, attraverso l'assegnazione del servizio e/o la ripetizione della procedura”* ha chiesto di *“condannare la resistente al risarcimento del danno per equivalente nella misura che ci si riserva di quantificare nel prosieguo del giudizio oppure nella misura che il Collegio vorrà quantificare in via equitativa”*. Nel corpo dei motivi aggiunti ha poi ribadito di avere *“interesse alla ripetizione della procedura (richiesta, peraltro, anche nel ricorso introduttivo), secondo regole trasparenti e imparziali, con criteri chiaramente predeterminati che consentano l'effettiva selezione della migliore offerta e non è affatto da escludersi che, conducendo il procedimento in tal modo, attenendosi peraltro alle disposizioni fissate dallo stesso regolamento aziendale in materia, la ricorrente non possa conseguire l'affidamento”* (cfr. ricorso per motivi aggiunti, pagg. 5 e 6).

12. Tale prospettazione dell'interesse a ricorrere è coerente, a ben vedere, con la natura e i contenuti sostanziali delle censure, atteso che le stesse non sono rivolte tanto a contestare il merito della scelta dell'amministrazione, né la qualità della proposta aggiudicataria ritenuta meritevole del maggior punteggio o l'attribuzione di quest'ultimo da parte della “commissione” che in concreto vi ha provveduto; al contrario, il nucleo delle doglianze attiene all'illegittima conduzione della procedura da parte della stazione appaltante, in violazione delle stesse previsioni cui la stessa si era autovincolata e senza alcuna trasparenza o preventiva comunicazione in merito all'individuazione dei criteri di valutazione dei partecipanti, che ha frustrato la possibilità della ricorrente medesima, quale operatore economico in concorrenza sul mercato, di una effettiva partecipazione con piena possibilità di successo. Anche il giudizio di “inidoneità” riportato dalla

ricorrente è censurato perché del tutto incomprensibile in assenza di indicazioni in ordine ai parametri utilizzati dalla stazione appaltante per ponderare le diverse offerte, oltre che illogico alla luce delle plurime certificazioni di qualità che attesterebbero il possesso dei requisiti e delle risorse previsti affinché un laboratorio di analisi possa operare con elevati standard di qualità.

13. In questa prospettiva, deve essere valorizzato l'interesse di natura strumentale alla ripetizione della procedura emendata dai vizi e dalle irregolarità denunciate, onde garantire a (...) una piena chance di effettiva partecipazione, che quest'ultima ha richiesto, quale espressione della tutela in forma specifica, "alternativamente" al subentro nel contratto. Rileva il Collegio che, come chiarito da costante giurisprudenza, "*allorché le censure proposte sono dirette ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura e (...) non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza (Cons. Stato, sez. III, 2.3.2018, n. 1312; Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1335; Cons. Stato, sez. VI, 1.4.2016, n. 1288). (...) L'utilitas che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio può ritrarre è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13)*" (Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 17.01.2023, n.565). Ciò significa che non è necessaria, nel caso in esame, una rigorosa prova di resistenza tramite la dimostrazione del sicuro conseguimento dell'*utilitas* o del bene della vita agognato nel caso di ripetizione della procedura, essendo sufficiente l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura.

14. Alla luce di quanto precede, pertanto, l'impugnazione è ammissibile laddove veicola una domanda di annullamento della procedura finalizzata alla riedizione della stessa. È invece inammissibile, sulla scorta delle argomentazioni evidenziate dalla stazione appaltante, la sola domanda di attribuzione del bene della vita finale tramite subentro nel contratto, ove *medio tempore* sottoscritto, poiché la ricorrente non potrebbe comunque ambire a ottenere l'affidamento del servizio. Risulta

infatti dagli atti di causa che l'(...) ha proceduto alla valutazione delle proposte delle ditte che hanno fornito riscontro all'indagine di mercato, all'esito della quale l'offerta di (...) si è collocata in decima posizione, oltre a essere risultata “non idonea”. Rispetto ai nove offerenti che hanno ottenuto una posizione migliore, non vi sono contestazioni in ricorso – in coerenza, del resto, con le osservazioni prima svolte in ordine all'interesse sostanziale azionato – per cui deve ritenersi che la posizione degli stessi sia divenuta ormai definitiva e intangibile.

14.1 Peraltro, anche a prescindere dalle valutazioni “qualitative” e dalla formazione della graduatoria complessiva, (...) non ha comunque esposto il minor prezzo per il servizio oggetto di affidamento, avendo indicato quale costo per l'amministrazione euro 19.200,00, laddove (...) S.r.l. ha offerto il prezzo di 17.895,15. La ricorrente non solleva contestazioni in ordine alla posizione di tale concorrente, per cui, quand'anche la stazione appaltante avesse fatto applicazione tout court del criterio del minor prezzo, (...) sarebbe comunque risultata in via definitiva seconda graduata.

15. Accertato che sussiste l'interesse strumentale alla ripetizione della gara – e ferma l'inaammissibilità della domanda di subentro – occorre conseguentemente scrutinare le censure con cui la ricorrente lamenta che l'amministrazione avrebbe attribuito la commessa non sulla base del minor prezzo, come indicato nei chiarimenti resi nell'ambito dell'Indagine di mercato, ma in applicazione di criteri qualitativi non preventivamente resi noti alle ditte interpellate, impedendo alle stesse di competere consapevolmente e adeguatamente anche sulla proposta qualitativa oltre che sul piano dello sconto economico. Le doglianze, articolate nel ricorso introduttivo e maggiormente approfondite nel ricorso per motivi aggiunti, si prestano ad una trattazione congiunta stante la loro connessione sostanziale.

16. Rileva *ad incipit* il Collegio che l'amministrazione ha indicato nell'avviso pubblico esplorativo del mercato di voler procedere all'affidamento del servizio di “*campionamento e analisi per la ricerca e conteggio della legionella ed eventuali determinazione del*

sanitizzante presente negli impianti idrici?” dei presidi ospedalieri dell’(...), richiedendo agli operatori economici interessati di trasmettere, tramite piattaforma telematica Sintel, la documentazione tecnica costituita da una “*Relazione descrittiva del servizio proposto, con indicazione delle modalità di gestione dello stesso*”, dalle “*attestazioni comprovanti il possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento dell’attività in oggetto*” e dalla “*Certificazioni o attestazioni di qualità rilasciate dal laboratorio che effettuerà le analisi richieste*”; sempre sulla piattaforma Sintel, i concorrenti erano tenuti a indicare l’importo complessivo della fornitura costituente l’offerta economica. In mancanza di qualsivoglia indicazione in merito alle modalità di valutazione delle proposte, sono stati formulati due quesiti da parte di operatori economici interessati a partecipare alla procedura, con cui è stato chiesto “*di dettagliare i criteri di valutazione e comparazione delle offerte per la successiva aggiudicazione del servizio*” e di fornire “*informazioni riferite alla ripartizione del punteggio. Nello specifico chiedo il peso percentuale (%) del punteggio della: - Relazione Tecnica Offerta economica*”.

16.1 A fronte di tali richieste, l’amministrazione ha reso appositi chiarimenti precisando, in entrambi i casi, che il servizio sarebbe stato affidato “*utilizzando il criterio del minor prezzo, valutata l’idoneità tecnica ed economica del servizio offerto*”. La stazione appaltante ha poi precisato che l’avviso in questione non avrebbe comunque determinato “*alcun vincolo o impegno da parte dell’amministrazione né alcun diritto o pretesa da parte dei soggetti intervenenti*” (cfr. doc. 7 della (...)).

17. Così sintetizzata nei suoi tratti essenziali la disciplina coniata dalla stazione appaltante, occorre preliminarmente stabilire, alla luce delle censure sollevate dalla ricorrente e delle eccezioni formulate dall’amministrazione, quale sia la qualificazione giuridica da attribuire al procedimento di selezione del fornitore di cui si discute nel presente giudizio.

17.1 Ritiene il Collegio che – nonostante la formulazione non sempre perspicua degli atti della procedura e a prescindere da come l’(...) abbia poi applicato le regole di cui si è dotata – la procedura espletata dall’amministrazione per

l'individuazione del proprio contraente deve qualificarsi come "affidamento diretto", tenuto conto delle modalità semplificate di selezione della migliore proposta, dell'informale consultazione del mercato tramite indagine esplorativa volta all'acquisizione delle proposte contrattuali delle imprese eventualmente interessate, nonché della mancanza di una vera e propria disciplina "di gara" e dell'assenza di una commissione giudicatrice per la comparazione delle offerte.

La stessa determinazione di affidamento indica, del resto, come forma di negoziazione l'affidamento diretto, in coerenza con l'art. 50, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 36/2023, a mente del quale *"salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità: (...) b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici"*.

18. Ciò premesso, ritiene il Collegio che le censure sopra esposte siano fondate e il risultato cui esse mirano, ovvero la ripetizione della procedura secondo modalità legittime, non risulti ostacolato dalla circostanza che la stazione appaltante abbia fatto ricorso all'istituto dell'affidamento diretto, nella forma dell'affidamento "procedimentalizzato", per la scelta del fornitore.

18.1 L'(...), difatti, pur potendo individuare il proprio contraente senza consultare preventivamente il mercato, ha ritenuto di avviare l'indagine esplorativa di cui all'avviso pubblico del 27.02.2024, finalizzata ad acquisire le proposte di più ditte interessate all'esecuzione dell'attività in parola, così da individuare, tra queste, il soggetto meglio in grado di soddisfare le proprie esigenze.

Una volta stabilito di porre a presidio del corretto e trasparente svolgimento della procedura precise regole, la stazione appaltante si è autovincolata all'osservanza delle stesse, in ragione dei principi di affidamento e parità di trattamento tra i concorrenti. Come evidenziato dalla giurisprudenza, infatti, *"quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi,*

stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. Stato, sez. V, n. 3502 del 2017). L'autovincolo costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'Amministrazione pone a sé medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della Commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti (Cons. Stato, n. 3180 del 2021; id. n. 7595 del 2019)" (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24.05.2024, n.4659).

Ora, tra le regole cui la stazione appaltante si è autovincolata rientra certamente il criterio di aggiudicazione della commessa, per cui la stessa è obbligata ad individuare il contraente sulla base dei criteri prescelti e previamente comunicati ai concorrenti, non potendo determinarsi *in itinere* all'applicazione di regole differenti, anche laddove, in ipotesi, queste risultassero in corso di procedura più funzionali al perseguimento del risultato auspicato.

18.2 Nel caso di specie, in particolare, l'(...) ha espressamente indicato agli operatori economici in due chiarimenti ufficiali – sollecitati dai partecipanti in considerazione della mancanza, nell'indagine di mercato, di indicazioni sulle modalità di selezione – che l'affidatario sarebbe stato selezionato *“utilizzando il criterio del minor prezzo, valutata l'idoneità tecnica ed economica del servizio offerto”*. Ciononostante, la stessa ha poi proceduto ad una vera e propria valutazione di *“qualità”* delle offerte, attribuendo alle proposte degli operatori partecipanti articolati punteggi sulla base di un'apposita griglia per la valutazione di specifici

elementi di merito relativi alla gestione del servizio e/o alle caratteristiche del concorrente, senza tuttavia aver previamente esplicitato ai partecipanti – che pure avevano richiesto chiarimenti sul punto – né i criteri in questione, né la volontà di esprimere un giudizio qualitativo in merito alla proposta presentata, in aggiunta allo sconto offerto. All’esito di tale valutazione, poi, l’(...) ha redatto una graduatoria con attribuzione di un punteggio per ciascun operatore economico risultante dalla valutazione “di qualità” dell’offerta (cfr. docc. 4 e 5 dell’amministrazione), effettuata secondo i criteri contenuti nella suddetta griglia e del tutto ignoti ai concorrenti.

18.3 Nei termini sopra esposti, pertanto, la stazione appaltante ha indebitamente sollecitato la competizione soltanto sul prezzo, inducendo le ditte a proporre il massimo ribasso possibile sulla gestione del servizio al fine di ottenere la commessa in questione, senza precisare ai partecipanti che sarebbe stata oggetto di valutazione anche la qualità della proposta “tecnica” e senza indicare i criteri per la migliore formulazione della stessa. Di conseguenza, gli operatori economici che hanno risposto all’indagine di mercato, tra cui l’odierna ricorrente, non sono stati posti nella condizione di competere paritariamente nella procedura – a maggior ragione considerando che alla stessa ha preso parte, ottenendo nuovamente la commessa, l’aggiudicatario uscente – e di sviluppare un elaborato tecnico ottimale in funzione della successiva valutazione da parte della stazione appaltante, sulla base di criteri previamente determinati e resi noti ai partecipanti.

18.4 Né si può ritenere che una chiara indicazione in tal senso sia ricavabile dal mero riferimento, contenuto nei chiarimenti, alla valutazione da parte della stazione appaltante della “*idoneità tecnica ed economica del servizio offerto*”. Tale indicazione, difatti, deve essere letta in correlazione con il contenuto dell’indagine di mercato, nella quale l’amministrazione si è limitata a richiedere, sul piano delle modalità di esecuzione del servizio, che “*la frequenza e le modalità dei campionamenti dovranno rispettare le Linee Guida Regionali e quanto previsto dal Piano di Prevenzione*

Aziendale in materia di legionella, redatto dalle Direzioni Mediche di Presidio”, ovvero la rispondenza ai requisiti minimi stabiliti dalle fonti regolamentari regionali e interne. In questa prospettiva, la stessa relazione tecnica richiesta alle ditte partecipanti ha un valore meramente descrittivo delle attività che verranno svolte e/o di presentazione delle capacità del concorrente, ma non può essere legittimamente oggetto di apprezzamento comparativo e di merito da parte della stazione appaltante, data la mancanza di criteri di valutazione e in coerenza con la posizione dalla stessa formalmente espressa in sede di chiarimenti.

18.5 Rileva inoltre il Collegio che, quanto al risultato finale, il servizio non è stato affidato alla ditta che ha offerto il prezzo più basso rispetto alla base d'asta, ma a quella che ha ricevuto il maggior punteggio nella valutazione di “qualità”: (...), difatti, ha ottenuto sotto tale profilo la valutazione più elevata ed è stata preferita, in funzione di tale apprezzamento, al concorrente che ha offerto il minor prezzo e che, peraltro, era secondo nella valutazione di qualità. Pertanto, il valore dello sconto praticato è stato di fatto completamente dequotato e reso irrilevante, sebbene, come anzidetto, l'amministrazione avesse indicato proprio nel minor prezzo il criterio di aggiudicazione della procedura.

18.6 Ne consegue, alla luce delle considerazioni sopra esposte, che l'amministrazione si è illegittimamente sottratta all'applicazione e al rispetto della disciplina cui la stessa si era autovincolata e che aveva reso note alle ditte interessate a partecipare alla procedura, modificando in corso di procedura le regole di selezione della migliore proposta contrattuale e addivenendo all'affidamento del servizio sulla base di criteri diversi da quelli prestabiliti.

19. Sotto un ultimo profilo, evidenzia il Collegio che colgono nel segno anche le censure con cui la ricorrente lamenta la violazione dei principi fondamentali che presiedono alla materia in questione, come oggi consacrati nel D.Lgs. n.36/2023, certamente applicabili anche all'ambito degli affidamenti diretti procedimentalizzati. Come puntualmente rilevato da recente giurisprudenza, che il

Collegio condivide, *“se è vero che siffatta indagine di mercato, svolta secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, per come espressamente previsto dall’art. 2 dell’allegato II al D.lgs. n. 36/2023 (cd. Codice Appalti) «non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura», è, nel contempo, altrettanto vero che, ai sensi dell’art. 48 dello stesso D.lgs. n. 36/2023, l’affidamento dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, quale quello in esame, si svolgono, pur sempre, «nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II»”* (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. Un., 12.02.2024, n.122). La stazione appaltante è dunque tenuta a operare nel settore dei contratti pubblici – anche nell’ambito di affidamenti diretti procedimentalizzati – ispirando le proprie decisioni al rispetto del principio della fiducia *“nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione”* (art. 2 del D.Lgs. n. 36/2023) e del principio di buona fede e tutela dell’affidamento *“dell’operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede”* (art. 2 del D.Lgs. n. 36/2023), che si impone come regola di condotta in tutte fasi del procedimento di selezione del contraente.

19.1 Pertanto, una volta che l’(...) ha deciso di procedere tramite affidamento diretto preceduto da apposita indagine di mercato, procedimentalizzando tale modalità semplificata di individuazione del contraente, la stessa è conseguentemente tenuta a fare applicazione dei suddetti principi generali e a garantire il corretto svolgimento dell’iter di selezione, a tutela delle legittime aspettative dei concorrenti privati e dello stesso interesse pubblico all’individuazione del miglior contraente nel rispetto della legalità amministrativa. Ciò significa assicurare trasparenza, chiarezza e *par condicio* nei rapporti con gli operatori economici che confidano nel buon operato dell’amministrazione e impegnano le proprie risorse per prendere parte a una leale competizione, onde sfruttare al meglio la possibilità di conseguire l’*utilitas* finale pur nella consapevolezza dell’amplia discrezionalità di cui, in assenza di una vera e propria

comparazione, la stazione appaltante gode nella scelta dell'offerta più rispondente al proprio fabbisogno.

20. Le censure sopra esaminate sono dunque fondate, potendosi assorbire gli ulteriori profili di doglianza non oggetto di espresso scrutinio.

21. In conclusione, il ricorso è inammissibile con riferimento alla domanda di aggiudicazione e subentro nel contratto, della cui sottoscrizione non vi è peraltro alcuna prova in atti.

21.1 Il gravame è invece fondato e deve essere accolto in relazione alla domanda di annullamento ai fini della rinnovazione della procedura di affidamento, per cui vanno annullati gli atti impugnati e va disposto che la stazione appaltante provveda alla ripetizione della procedura emendata dai vizi che sono stati accertati con la presente sentenza; va altresì dichiarata l'inefficacia del contratto, ove eventualmente stipulato *medio tempore*, con decorrenza dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, salvi gli ulteriori provvedimenti che l'(...) dovrà in ogni caso assumere per assicurare la continuità del servizio e la tutela delle esigenze sanitarie nelle more della rinnovazione della procedura.

21.2 L'accoglimento della domanda volta alla riedizione della gara esime il Collegio dallo scrutinio della domanda di risarcimento danni per equivalente, formulata dalla parte ricorrente in via subordinata.

22. Le spese sono liquidate come da dispositivo, tenendo conto a tal fine della parziale soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

- accoglie la domanda di annullamento e, per l'effetto, annulla il provvedimento di affidamento del servizio, inclusi gli atti presupposti e conseguenti, e dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato a far data dalla comunicazione o

notificazione della presente sentenza, fatti salvi i provvedimenti che saranno adottati per assicurare la continuità del servizio;

- dichiara inammissibile la domanda di subentro nel contratto;
- condanna l'(...) al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento//00) oltre Iva e accessori di legge; nulla va disposto quanto alle spese nei confronti della controinteressata, non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Valentina Caccamo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Valentina Caccamo

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO