

**TAR Campania, Sezione Terza, Sentenza n. 5528 del 10 ottobre 2023**

Appalti di servizi – Mancanza offerte idonee – Decisione SA di non aggiudicare la gara – Legittimità –  
Discrezionalità tecnica

Pubblicato il 10/10/2023

**N. 05528/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 03026/2023 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3026 del 2023, proposto da (...) in proprio e quale Mandataria dell'Rti, Ditta (...) , (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

*contro*

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati G(...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

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

**PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA ADOZIONE DI IDONEE MISURE**

## CAUTELARI:

- a) del provvedimento dell'AIR (Omissis) prot. n. AIRCA-0004301-2023 del 03.02.2023 con cui la stazione Appaltante ha deciso di “non aggiudicare” il LOTTO 3 all'RTI ricorrente relativamente alla Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di manutenzione degli Autobus in regime di Full Service per la durata di 24 mesi in quanto “l'offerta tecnica prodotta ha ricevuto un punteggio basso e la documentazione tecnica è stata giudicata mediocre dalla commissione di gara, giusto verbale n. 5 del 29.12.2022, tanto da non essere considerata idonea e confacente alle esigenze aziendali”; ” CIG (Omissis)
- b) della Determinazione dell'amministratore Unico con funzioni di Direzione Generale n. 46 del 26.01.2023 con cui l'Air (Omissis) ha disposto, in conformità alle disposizioni contenute nel Disciplinare di gara, di non aggiudicare il LOTTO 3 all'RTI ricorrente relativamente alla Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di manutenzione degli Autobus in regime di Full Service per la durata di 24 mesi in quanto “l'offerta tecnica prodotta ha ricevuto un punteggio basso e la documentazione tecnica è stata giudicata mediocre dalla commissione di gara, giusto verbale n. 5 del 29.12.2022, tanto da non essere considerata idonea e confacente alle esigenze aziendali”, comunicata in data 09.02.2023 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti;
- c) per quanto occorra, del verbale n. 1 del 18.10.2022;
- d) per quanto occorra, del verbale n. 2 del 01.12.2022;
- e) per quanto occorra, del verbale n. 3 del 12.12.2022;
- f) per quanto occorra, del verbale n. 4 del 20.12.2022;
- g) per quanto occorra, del verbale n. 5 del 29.12.2022;
- h) per quanto occorra, del bando di gara in parte qua e se ritenuto lesivo limitatamente alla prospettazione della ricorrente;
- i) per quanto occorra, del disciplinare di gara in parte qua e se ritenuto lesivo sempre nei limiti sopra detti;

- l) per quanto occorra, del capitolato tecnico in parte qua e se ritenuto lesivo sempre nei limiti sopra detti;
- m) per l'accertamento del diritto della società ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione della commessa;
- n) in via subordinata, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati;
- o) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto e comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

NONCHE' PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA ADOZIONE DI IDONEE MISURE CAUTELARI (in virtù dei motivi aggiunti notificati in data 01.06.2023 e depositati in data 08.06.2023): (CIG: (...));

- a) della Delibera dell'Amministratore Unico di (...) n. 38 del 12.05.2023 avente ad oggetto “autorizzazione all'indizione della gara europea con procedura aperta – ai sensi degli art. 60, 95 comma 2 e 123 del d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50, art. 8 comma 3 lett. c) Legge 120/2020 e s.m.i. – da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad oggetto il servizio di manutenzione, in regime di full service, degli autobus del deposito di (...)” (CIG: (...));
- b) del bando di gara pubblicato il 17 Maggio 2023 da (...) avente ad oggetto l'affidamento “del servizio di manutenzione degli autobus in regime di full service del deposito di (...)” per un importo a base d'asta pari ad Euro 2.726.500,00 iva esclusa;
- c) del Disciplinare di gara relativo alla procedura aperta indetta da (...) avente ad oggetto l'affidamento “del servizio di manutenzione degli autobus in regime di full service del deposito di (...)” per un importo a base d'asta pari ad Euro 2.726.500,00 iva esclusa;
- d) del Capitolato Tecnico relativo alla procedura aperta indetta da (...) avente ad oggetto l'affidamento “del servizio di manutenzione degli autobus in regime di full service del deposito di (...)” per un importo a base d'asta pari ad Euro 2.726.500,00 iva esclusa;
- e) per l'accertamento del diritto della società ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione della commessa;

- f) in via subordinata, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati;
- g) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto e comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) e di (...)

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2023 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato in data 3 marzo 2023 la Società (...), in proprio e nella qualità di mandataria dell'RTI composto con le ditte (...) e (...) ricorreva al TAR Campania – Sezione staccata di Salerno per l'annullamento degli atti in epigrafe, ed a seguito della adozione del successivo bando pubblicato il 17 maggio 2023 ( per una nuova procedura aperta per affidare il servizio di manutenzione degli autobus in regime di full service con riferimento al lotto “(...)”), proponeva motivi aggiunti notificati in data 1 giugno 2023.

All'esito della Camera di Consiglio, il Tar Campania – Sezione staccata di Salerno, sez. I, con ordinanza n. 1532/2023 pubblicata il 26.06.2023 “dichiara la propria incompetenza territoriale a decidere il ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti in epigrafe, individuando come territorialmente competente il T.A.R. Campania - sede di Napoli”.

Con ricorso notificato il 03.07.2023 e depositato in pari data, la società istante ha riassunto innanzi a questo TAR, ai sensi dell'art 15 del D.lgs. 104/2010, il ricorso principale e i motivi aggiunti già proposti dinanzi al TAR Campania – Sezione staccata di Salerno.

Espone in particolare la ricorrente che con Bando pubblicato il 28 luglio 2022 l'(...),

società concessionaria del Trasporto Pubblico Locale nelle province di (...), ha indetto una procedura aperta, in ambito comunitario, per affidare in appalto il “SERVIZIO DI MANUTENZIONE DEGLI AUTOBUS IN REGIME DI FULL SERVICE”.

La gara era suddivisa in tre lotti (in base ai luoghi di esecuzione dell'appalto) ad ognuno dei quali è stato attribuito un proprio CIG: nella specie, per quanto di interesse, il lotto III aveva ad oggetto il “servizio di manutenzione degli autobus in regime di full service – depositi di (...)” CIG (...) per un importo a base di gara di € 5.427.500,00.

Il Capitolato Tecnico e Prestazionale a base di gara valido per i 3 lotti, esplicitava l'oggetto dell'appalto e le attività principali che sarebbero state affidate: manutenzione preventiva; manutenzione programmata; controlli ispettivi settimanali; controlli ispettivi giornalieri; revisione MCTC; manutenzione correttiva; soccorso in linea. Erano incluse nell'esecuzione del servizio ulteriori attività secondarie.

Il Capitolato Tecnico Prestazionale indicava all'art.5 gli obiettivi di performance minimi che gli appaltatori avrebbero dovuto rispettare con riferimento alla: a) disponibilità operativa; b) affidabilità e rispetto delle scadenze delle attività programmate.

Il disciplinare precisava che “P(...) s.r.l. si riserva la facoltà di non aggiudicare la gara qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea”.

Al Disciplinare era allegato il Documento denominato “Criteri di valutazione” che indicava gli elementi qualitativi e quantitativi che avrebbero costituito oggetto di valutazione da parte della Commissione di Gara in sede di valutazione delle offerte tecniche e segnatamente:

1-“Organizzazione e livello di qualificazione del personale della Società Concorrente e livello di qualificazione dello stesso”, (massimo 18 punti) tale criterio era a sua volta suddiviso in due sub-criteri, entrambi di tipo “quantitativo”:

2-Organizzazione e gestione del servizio e proposte per lo svolgimento delle attività di manutenzione” (massimo 18 punti) suddiviso in 4 sub-criteri di tipo “discrezionali” :

3-Abilitazione dell'officina” (massimo 10 punti) di tipo “quantitativo”;

4-“esperienza pregressa” (massimo 24 punti) tale criterio era a sua volta suddiviso in due

sub-criteri, entrambi di tipo “quantitativo”.

Alla gara per il lotto 3 partecipava solo l'attuale ricorrente RTI con la società (...) mandataria e le società (...) e (...) - mandanti.

Come si evince dal Verbale n.4 v la Commissione, dopo essersi soffermata sui criteri di aggiudicazione, procedeva alla valutazione delle offerte tecniche ed alla assegnazione dei punteggi relativamente al lotto 3, ed attribuiva all'offerta tecnica del RTI ricorrente un totale di 42 punti su 70.

Precisamente, l'RTI ricorrente:

1) relativamente al criterio n.1 (organizzazione e livello di qualificazione della società e del personale) – criterio di tipo quantitativo - ha conseguito complessivi 15 punti su 18 di cui 14 punti per il sub criterio a. (numero minimo di addetti assegnato al servizio) e 1 solo punto per il sub criterio b. (rapporto tra addetti in possesso di patente D e il numero totale degli addetti assegnati);

2) relativamente al criterio n.2 (organizzazione e gestione del servizio e proposte per lo svolgimento di attività di manutenzione), di tipo discrezionale, ha ricevuto un punteggio di 2,067/18 di cui 0,33 per il sub. criterio a. (gestione degli interventi imprevisi ed emergenziali (soccorsi in linea) che impattano sul servizio di TPL (max 5 punti), 0,667 per il sub. criterio b. (organizzazione del personale operativo e descrizione delle dotazioni tecniche e tecnologiche utilizzate per l'espletamento delle attività (max 5 punti), 0,267 per il sub. criterio c. (proposte di interventi preventivi su gruppi motore e cambio (max 4 punti), 0,800 per il sub. criterio d. (descrizione delle attrezzature utilizzate dalla Società Concorrente per la gestione delle emergenze incendio, primo soccorso ed emergenze ambientali (max 4 punti);

3) relativamente al criterio n.3 (abilitazione dell'officina), di tipo quantitativo, ha ricevuto un punteggio di 10/10;

4) relativamente al criterio n.4 (esperienza pregressa), di tipo quantitativo, ha ricevuto un punteggio di 15/24 di cui 6/6 punti in relazione al sub criterio a. (anni di esperienza nell'ultimo quinquennio nella gestione di servizi di manutenzione in regime di full service

all'interno di aziende nel settore di TPL e 9/18 punti in relazione al sub. criterio b. (numero di autobus gestiti contemporaneamente con il servizio di manutenzione in regime di full service nell'ultimo anno).

La Commissione procedeva quindi (verbale n. 5) all'apertura dell'offerta economica e, applicando la formula prevista dal Disciplinare, trattandosi di unica offerta, al ricorrente veniva attribuito il massimo punteggio di 30/30.

Tuttavia il verbale n.5 richiamava l'attenzione della Stazione Appaltante sulla mediocrità dell'unica offerta in gara precisando: “Si evidenzia, inoltre che, l'offerta tecnica dell'operatore economico partecipante al Lotto 3, è particolarmente mediocre, tanto al fine di determinare la convenienza per la stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione del lotto di gara in discorso”.

La Commissione, avendo espletato il proprio mandato, trasmetteva i verbali al RUP.

In data 26/01/2023 il RUP comunicava all'Amministratore Unico dell'(...) l'esito della gara e proponeva a quest'ultimo di non aggiudicare il Lotto 3, avendo conseguito l'unica offerta tecnica presentata un punteggio basso ed essendo stata la proposta formulata da quest'ultima giudicata mediocre dalla Commissione di Gara giusta verbale n.5 del 29/12/2022, tanto da non essere considerata idonea e confacente alle esigenze aziendali.

L'Amministratore Unico (...), con Determinazione n.46 del 26 gennaio 2023, rilevava che “il punteggio dell'offerta tecnica della Ditta (...), partecipante al Lotto 3 è risultata mediocre e non idoneo rispetto alle effettive esigenze aziendali”.

Pertanto, richiamando l'art.18 del Disciplinare di Gara che prevedeva la facoltà della stazione appaltante di non aggiudicare la gara qualora nessuna offerta fosse risultata conveniente o idonea, richiamati gli atti della Commissione di Gara e le note del RUP, determinava di aggiudicare la gara relativamente ai lotti 1 e 2 e di “non aggiudicare il lotto 3 alla Ditta (...), unico operatore che ha prodotto offerta, in quanto l'offerta tecnica proposta ha ricevuto un punteggio basso e la documentazione tecnica è stata giudicata mediocre dalla commissione di gara, giusta verbale n.5 del 29/12/2022, tanto da non essere considerata idonea e confacente alle esigenze aziendali”.

L'Amministratore Unico autorizzava anche il RUP a predisporre gli atti di gara per l'indizione della nuova procedura relativa al lotto 3.

Con ricorso notificato il 3 marzo 2023 la società (...), in proprio ed in qualità di mandataria dell'RTI, ha chiesto l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari del provvedimento (...), nonché l'accertamento del diritto a ottenere l'aggiudicazione della commessa e, in via subordinata, il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente ha dedotto che la determinazione dell'Amministratore Unico di non procedere all'aggiudicazione della gara e gli altri provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi per difetto di motivazione.

Con il secondo motivo si lamenta che la valutazione operata dall'Amministratore Unico di non aggiudicare, che trova il suo fondamento nella valutazione espressa dalla Commissione giudicatrice sull'offerta tecnica presentata dall'RTI, sarebbe viziata perché la commissione avrebbe errato nell'attribuire il punteggio relativo al criterio "esperienza pregressa" e precisamente al sub. criterio b "numero di autobus gestiti contemporaneamente con il servizio di manutenzione in full Service nell'ultimo anno (alla data di pubblicazione del presente bando di gara) da attestare mediante documentazione opportuna (contratti) (max 18 punti)".

Con il terzo motivo di ricorso l'RTI ha censurato il punteggio attribuitole dalla commissione in relazione al criterio sub 2 ed ha dedotto che la decisione della commissione di attribuirle solo 2,067 punti a fronte dei 18 disponibili sarebbe illogica, contraddittoria ed immotivata perché fonderebbe su una valutazione meramente formale dell'offerta tecnica dovuta all'applicazione della griglia di valutazione prevista dal disciplinare che prenderebbe in considerazione elementi riferiti non alla qualità tecnica dell'offerta, ma alla qualità della sua esposizione e ciò in contrasto con quanto previsto dall'art.95 del D.lgs. 50/16.

Con motivi aggiunti notificati in data 1 giugno 2023 la ricorrente ha chiesto l'annullamento della successiva delibera della stazione appaltante n. 38 del 12.05.2023 di

“autorizzazione all’indizione della gara europea con procedura aperta – da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per il servizio di manutenzione, in regime di full service, degli autobus del deposito di (...)” (CIG: (...)); nonché del relativo bando di gara pubblicato il 17 Maggio 2023 , del Disciplinare di gara 3 del Capitolato Tecnico relativo alla procedura aperta de qua.

Nei confronti della nuova gara indetta dalla Stazione Appaltante, il ricorrente (che peraltro vi ha partecipato presentando l’offerta nei termini) ha prospettato l’illegittimità del bando di gara sul presupposto che lo stesso conterrebbe clausole immediatamente escludenti.

Ripercorrendo in sintesi le censure proposte, l’importo a base di gara non consentirebbe la copertura dei costi e non assicurerebbe all’impresa un margine di utilità (I motivo); il termine concesso per la presentazione dell’offerta non sarebbe congruo (II motivo); l’incongruenza del termine concesso troverebbe conferma nell’esigenza manifestata da esso ricorrente di conseguire ulteriori notizie rispetto a quelle ricavabili dai documenti di gara (III motivo).

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, sostenendo la inammissibilità ed infondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

Si è costituita altresì la controinteressata, ed ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, risultando aggiudicataria di un lotto diverso, per il quale la ricorrente non aveva presentato offerta.

Alla camera di consiglio del 25 luglio 2023, fissata per la trattazione dell’istanza cautelare parte ricorrente rinunciava alla sospensiva e veniva fissata la pubblica udienza per la trattazione del merito.

Alla pubblica udienza del 26 settembre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso in oggetto verte sulla legittimità del provvedimento del 03.02.2023 con il quale la Stazione Appaltante ha deciso di “non aggiudicare” il LOTTO 3, per il quale risulta presentata offerta solo dal raggruppamento ricorrente, avendo la stazione appaltante

recepito le indicazioni della commissione di gara che hanno giudicato mediocre l'offerta presentata dalla ricorrente sotto il punto di vista tecnico e non idonea a soddisfare le esigenze dell'ente.

Con i motivi aggiunti è poi impugnata la conseguente determinazione di procedere alla indizione di una nuova gara, con approvazione di un nuovo bando di gara.

Alla procedura in oggetto, relativamente al lotto 3, non ha peraltro partecipato la controinteressata, ovvero il RTI avente quale mandataria (...), la quale eccepisce sotto tale profilo il proprio difetto di legittimazione passiva.

Osserva il Collegio in via preliminare che l'eccezione è fondata, in quanto – relativamente al ricorso principale – il I ed il II motivo sono diretti a censurare profili attinenti ad atti e/o ad operazioni di gara che si riferiscono unicamente al Lotto 3, non rinvenendosi alcuna doglianza che possa influire sulla legittimità degli atti di gara dei Lotti nn. 1 e 2.

Eguale va rilevato come il terzo motivo di ricorso che - sebbene afferente alla contestazione del criterio sub 2 allegato al disciplinare, in parte qua comune ai tre lotti - si traduce in una censura che non refluisce sulle operazioni di gara già svolte negli altri lotti, non collegandosi specificamente alla illegittimità del criterio in sé, ma al modo in cui lo stesso è stato applicato nei confronti della ricorrente.

Inoltre, quanto ai motivi aggiunti, è di tutta evidenza che anche nei confronti della indizione di nuova gara per il lotto 3 la odierna controinteressata non vanta alcuna posizione oppositiva, non risultando che abbia partecipato alla nuova gara.

In ragione di tale evenienza, si presenta fondata la eccezione difensiva per cui il RTI avente quale mandataria (...) è carente di legittimazione passiva, non avendo alcun controinteresse in relazione al ricorso ed ai connessi motivi aggiunti, essendo del tutto indifferente sia alla conservazione sia alla caducazione degli atti impugnati dalla ricorrente.

Nel merito, il ricorso principale è infondato.

Parte ricorrente contesta il giudizio di inidoneità riservato alla propria offerta ed in

particolare il punteggio assegnato a varie voci dell'offerta tecnica, sia atomisticamente con riferimento alle valutazioni delle voci tecniche, sia globalmente, ritenendo che la scelta di non aggiudicare possa fondare solo su ragioni di non convenienza economica dell'offerta.

Le tesi non meritano favorevole considerazione.

Mette conto evidenziare come la circostanza che il RTI (...) abbia conseguito il punteggio massimo disponibile in relazione all'offerta economica non fornisce alcun elemento a sostegno della convenienza economica dell'offerta perché, trattandosi di un'unica offerta, alla stessa non poteva che essere attribuito il punteggio massimo di 30 punti. Peraltro la valutazione di convenienza economica si pone sempre in sussidiarietà rispetto a quella tecnica, che non può mancare.

Secondo la ricorrente mancherebbe qualsiasi considerazione in relazione al futuro contratto ed all'opportunità economica e, inoltre, la Stazione Appaltante non avrebbe assunto autonomamente la propria determinazione, ma si sarebbe basata unicamente sul giudizio espresso dalla Commissione di gara sull'offerta tecnica. In tale prospettiva si deduce che la scelta di non aggiudicare una gara, essendo "latamente discrezionale", soggetta ad un rigoroso onere motivazionale, sia illegittima perché la Stazione appaltante si sarebbe limitata a riportare il giudizio espresso dalla Commissione di gara, peraltro fondato su falsi presupposti.

Osserva in proposito il Collegio che la decisione di non aggiudicare una gara costituisce esercizio del potere previsto dall'art. 95, comma 12, del codice dei contratti pubblici (secondo cui: «Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito»), che conferisce alla stazione appaltante, una prerogativa ampiamente discrezionale ( cfr. ex multis, Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2838; V, 27 febbraio 2001, n. 1060, radicata nel principio generale di buon andamento della pubblica amministrazione ed oggi ancor più rilevante alla luce del principio del risultato enunciato

nel nuovo codice appalti che benché non applicabile *ratione temporis* alla presente procedura, costituisce un rilevante riferimento ermeneutico).

L'ampio margine di discrezionalità riservato alla stazione appaltante nella valutazione di idoneità dell'offerta rispetto alle esigenze che hanno condotto alla indizione della gara, non limita quindi la relativa valutazione al solo aspetto di convenienza economica, ma impone alla stessa un onere di motivazione rafforzato circa le ragioni di convenienza o di idoneità delle offerte (in termini Cons. Stato, V, 16 ottobre 2017, n. 4787); per altro verso, implica la limitazione del sindacato giurisdizionale ai profili di manifesta illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà o insufficienza della motivazione (ovvero all'errore o al travisamento dei presupposti di fatto). (cfr. Consiglio di Stato sez. V, Sentenza 8 luglio 2022 n.5720).

Nella specie, la stazione appaltante ha fatto corretto uso dei propri poteri discrezionali ed ha adeguatamente motivato la decisione di non procedere all'aggiudicazione della gara all'unico concorrente per ragioni di inidoneità dell'offerta tecnica presentata dal concorrente, rinviando anche per *relationem* alle valutazioni sull'offerta tecnica espresse dalla Commissione di gara, organo ad hoc della amministrazione di natura tecnica.

La adeguata motivazione di tale scelta risiede nelle considerazioni espresse circa la mediocrità dell'offerta tecnica, in cui la commissione ha espresso giudizi connotati da un margine di discrezionalità tecnica che, se fondati su adeguati accertamenti tecnici e plausibili nelle conclusioni, non possono formare oggetto di sindacato giurisdizionale quanto al merito delle scelte effettuate. Con l'espressione "discrezionalità tecnica" si indica invero un'area dell'attività dell'amministrazione posta tra le certezze scientifiche e le certezze giuridiche, in altre parole, tra il diritto e la tecnica.

Tale attività si concretizza in valutazioni svolte dall'organo amministrativo, fondate su regole e concetti richiamati dalla norma, ma trascendenti il diritto stesso, in quanto propri di scienze non esatte. Si tratta spesso di valutazioni complesse e caratterizzate da un margine di opinabilità.

Infatti la scienza fornisce spesso più soluzioni al singolo problema. La determinazione di

quale sia la scelta migliore, per i bisogni della pubblica amministrazione, è rimessa alla stessa amministrazione.

Invero nel sindacato sulla discrezionalità tecnica le valutazioni tecniche, seppure sindacabili in quanto afferenti ad una valutazione estranea al cd. merito delle scelte dell'amministrazione, soggiacciono ad un sindacato pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo.

Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

Ne deriva che il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche. Peraltro il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo.

Nel caso che qui occupa il Collegio le valutazioni della Commissione non risultano in alcun modo censurabili per manifesta illogicità o irragionevolezza, non sussistendo elementi per ritenere la scelta chiaramente inattendibile, o frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato.

In particolare, la decisione discrezionale assunta dall'Amministrazione si presenta coerente se si considera che il servizio oggetto dell'appalto è un servizio di manutenzione in full service degli autobus deputati all'espletamento del servizio di Trasporto Pubblico Locale che (...) è chiamata ed obbligata a svolgere in continuità e che richiede pertanto un efficiente svolgimento del servizio di manutenzione degli autobus.

La circostanza che l'offerta dell'RTI (...) costituisse un'offerta mediocre, insufficiente a

garantire un soddisfacente svolgimento del servizio, evidenziata dalla Commissione e condivisa dalla Stazione Appaltante, trova conferma nei punteggi attribuiti all'offerta tecnica dalla Commissione ed in particolare in quelli attribuiti in relazione al criterio 2 "organizzazione e gestione del servizio e proposte per lo svolgimento delle attività di manutenzione" per il quale l'offerta, a fronte di 18 punti disponibili, suddivisi in 4 sub-criteri, ha conseguito un punteggio complessivo di soli 2 punti, il che evidenzia una proposta di organizzazione e gestione del servizio giudicata particolarmente mediocre dalla commissione.

Ne consegue che il recepimento del negativo giudizio tecnico reso dalla commissione non costituisce vizio della determinazione adottata dalla stazione appaltante, presentandosi al contrario come scelta fondata su adeguata istruttoria e in particolare sulle valutazioni compiute nel verbale n. 5 della commissione di gara, ove sono espressi i giudizi di particolare mediocrità della relativa offerta tecnica.

Risulta pertanto perseguito l'interesse dell'azienda, ispirato al principio di buon andamento, di aggiudicare la gara ad un concorrente che abbia presentato un'offerta idonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi indicati dal Capitolato speciale. È logica e coerente quindi la valutazione della Stazione Appaltante di non aggiudicare e di indire immediatamente una nuova procedura di gara per il lotto 3.

Passando alle contestazioni inerenti gli aspetti relativi ai punteggi assegnati all'offerta tecnica della ricorrente, va rilevato come la prima censura, afferente al preteso difetto di motivazione, è infondata, ribadendosi quanto già rilevato, ovvero che la stazione appaltante ha fatto corretto uso dei propri poteri discrezionali ed ha adeguatamente motivato l'inidoneità dell'offerta tecnica presentata dal concorrente, rinviando anche per relationem alle valutazioni sull'offerta tecnica espresse dalla Commissione di gara.

La seconda censura lamenta che la commissione avrebbe errato nell'attribuire il punteggio relativo al criterio "esperienza pregressa" e precisamente al sub. criterio b "numero di autobus gestiti contemporaneamente con il servizio di manutenzione in full Service nell'ultimo anno (alla data di pubblicazione del presente bando di gara) da

attestare mediante documentazione opportuna (contratti) (max 18 punti)”.

La censura, per quanto si dirà a breve, non supera la prova di resistenza, rilevandosi come la particolare mediocrità dell’offerta rilevata dalla commissione di gara fondi non tanto su un dato quantitativo, ossia inerente ai punteggi conseguiti dalla concorrente per i criteri di valutazione quantitativi, quanto sul dato qualitativo della mancanza di sufficiente affidabilità dell’offerta tecnica.

In altri termini, i punteggi la cui attribuzione riposa su un dato quantitativo non sono peculiarmente coinvolti nel giudizio stesso, che si presenta incentrato proprio sui punteggi con cui sono stati valutati gli aspetti qualitativi dell’offerta.

In tal senso, e rilevando che per i punteggi quantitativi la ricorrente non ha conseguito valutazioni particolarmente basse, diventa irrilevante la censura proposta per i punteggi conseguiti in relazione all’altro criterio di valutazione quantitativo “esperienza pregressa”, punteggio relativo al sub-criterio b. che attiene alla capacità del concorrente di gestire contemporaneamente un elevato numero di autobus, e che è stato espresso in 9 punti su 18 disponibili.

A detta della ricorrente la Commissione di Gara le avrebbe erroneamente attribuito, tramite il metodo quantitativo indicato nel Disciplinare, 9 punti anziché 18 vantati, e ciò avendo considerato la gestione contemporanea di 190 autobus, mentre avrebbe dovuto attribuirle il massimo punteggio avendo la ricorrente dichiarato di aver gestito contemporaneamente ben 500 autobus.

La censura non supera la prova di resistenza, dal momento che non si prova che ove pure la ricorrente avesse ottenuto il maggior punteggio vantato, la valutazione della commissione sarebbe mutata, anzi risulta dagli atti di gara che la prognosi sulla inadeguatezza dell’offerta è stata fondata sugli aspetti qualitativi dell’offerta.

Si presenta in tale ottica eloquente il punteggio assegnato per l’aspetto organizzazione del servizio e precisamente la percentuale di rapporto tra il numero di addetti in possesso di patente D assegnati al servizio e il numero totale degli addetti assegnati (criterio 1 sub. criterio b), per il quale l’RTI ha conseguito solo 1 punto su 4 disponibili.

Soprattutto appare peculiarmente basso il punteggio afferente l'altra valutazione qualitativa della commissione, ed oggetto della terza censura, afferente il criterio discrezionale n.2 "Organizzazione e gestione del servizio e proposte per lo svolgimento delle attività di manutenzione (massimo 18 punti)" e per ciascuno dei 4 sub-criteri nei quali lo stesso era suddiviso.

A tal riguardo, parte ricorrente lamenta la scarsità del punteggio tecnico assegnato sulla scorta del criterio sub 2 allegato al Disciplinare; tale scarso risultato deriverebbe, a suo dire, da un'illegitimità intrinseca del suddetto criterio di valutazione combinato con i coefficienti di valutazione (giudizi esprimibili) contenuti nell'allegato al Disciplinare, la cui prefigurazione non sarebbe rispondente a profili di logica e proporzionalità.

Il motivo è infondato.

Il criterio sub 2 in discorso prevedeva la possibilità di attribuire di un sottopunteggio massimo pari a 18 punti alle offerte tecniche che avessero proposto alla S.A. elementi sulla organizzazione e gestione del servizio, ed in particolare si richiedeva ai partecipanti di proporre soluzioni migliorative del servizio di manutenzione in 4 aspetti specifici dello stesso, contrassegnati dalle lett. A, B, C ed D, la cui somma avrebbe poi determinato il sottopunteggio complessivo.

Come riportato in parte narrativa, per tale criterio, di tipo discrezionale, la ricorrente ha ricevuto un punteggio di 2,067/18 di cui :

0,33 per il sub. criterio a. (gestione degli interventi impreveduti ed emergenziali (soccorsi in linea) che impattano sul servizio di TPL (max 5 punti),

0,667 per il sub. criterio b. (organizzazione del personale operativo e descrizione delle dotazioni tecniche e tecnologiche utilizzate per l'espletamento delle attività (max 5 punti),

0,267 per il sub. criterio c. (proposte di interventi preventivi su gruppi motore e cambio (max 4 punti),

0,800 per il sub. criterio d. (descrizione delle attrezzature utilizzate dalla Società Concorrente per la gestione delle emergenze incendio, primo soccorso ed emergenze

ambientali (max 4 punti).

Appare evidente che la valutazione numerica esprima in modo sintetico ma eloquente – con assegnazione di poco più di due punti su 18- una inadeguatezza delle soluzioni migliorative offerte in gara, rispetto alle quali la stessa ricorrente non propone censure che entrano nel merito tecnico delle valutazioni dei commissari, ma lamenta che non sarebbero valutazioni fondate su una analisi delle offerte in sé, bensì del solo loro modo di esposizione.

La censura, articolata in tali termini, non merita condivisione, non trovando riscontro nelle risultanze dei verbali di gara.

Invero le disposizioni di gara demandavano ai commissari il compito di valutare le proposte migliorative presentate dai concorrenti, descritte nelle relazioni (proposte che avrebbero avuto valore contrattuale) secondo criteri non formali, ma sostanziali, in base al contenuto qualitativo delle proposte migliorative tenendo conto, inevitabilmente, anche del livello di dettaglio delle proposte, del contenuto delle stesse desumibile dalla trattazione che, per poter consentire una valutazione piena, doveva essere tecnicamente rispondente alle esigenze richieste, le quali evidenziano soprattutto la necessità di adeguati interventi di gestione delle emergenze .

Peraltro , se è vero che il Disciplinare chiedeva ai concorrenti di produrre delle “brevi relazioni in cui vengono descritte proposte di miglioramento del servizio di manutenzione, deve rilevarsi come il documento “Criteri di valutazione” (griglia di valutazione cfr. doc.4) demandava a ciascun commissario il compito di esaminare e valutare le proposte migliorative illustrate nelle relazioni di cui innanzi attribuendo un punteggio variabile tra 0 e 1 in base a giudizi variabili tra “ottimo” ed “inadeguato”.

Orbene, è evidente che i giudizi esprimibili da parte della Commissione in base ai coefficienti da applicare (ottimo, distinto etc..) non potevano mai riguardare la mera esposizione dell’elaborato presentato , e la circostanza che il documento, nell’indicare tra gli elementi che la Commissione doveva prendere in esame al fine della attribuzione del punteggio, facesse riferimento alla trattazione della proposta migliorativa, al livello di

dettaglio, ed agli spunti contenuti non implica che i documenti di gara demandavano alla Commissione una valutazione meramente formale.

Invero la Commissione, per quanto risulta anche dalle valutazioni espresse nei verbali di gara, non ha valutato la “forma” delle offerte migliorative proposte dal RTI ricorrente (unico concorrente), ma ha preso in considerazione il contenuto delle relazioni al fine di accertare se le proposte fossero effettivamente migliorative e adeguate alla specificità degli interventi imprevisi ed emergenziali, deducendo dalle proposte stesse gli elementi rilevanti ai fini del decidere.

Peraltro, i quattro aspetti specifici del servizio di manutenzione su cui i concorrenti dovevano offrire proposte migliorative erano i seguenti:

1. Gestione degli interventi imprevisi ed emergenziali (soccorsi in linea) che impattano sul servizio di TPL (A=massimo 5 punti);
2. Organizzazione del personale operativo e descrizione delle dotazioni tecniche e tecnologiche utilizzate per l'espletamento delle attività (B=massimo 5 punti);
3. Proposte di interventi preventivi su gruppi motore e cambio (C=massimo 4 punti);
4. Descrizione delle attrezzature utilizzate dalla Società Concorrente per la gestione delle emergenze incendio, primo soccorso ed emergenze ambientali (D=massimo 4 punti).

Si tratta di aspetti tecnici del servizio messo a gara, inerenti alle dotazioni tecniche e tecnologiche ed alle modalità di gestione delle emergenze che, in quanto tali, prescindono dalla “forma” della relativa presentazione.

Va rilevato come si presenti irrilevante la richiesta di acquisire le relazioni tecniche dell'operatore che ha partecipato alla procedura per i lotti 1 e 2 “perché operatori di grande livello professionale” per carenza di interesse avendo il RTI ricorrente partecipato solo al lotto 3.

L'infondatezza nel merito del ricorso comporta il rigetto della domanda di risarcimento del danno atteso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il risarcimento richiesto; la reiezione della parte impugnatoria del gravame impedisce infatti che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la

condotta tenuta dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4588; id., sez. IV, 29 dicembre 2014, n. 6417; id., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6013; id. 27 agosto 2014, n. 4382; id. 13 gennaio 2014, n. 85; id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4628; id., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 176).

Le domande proposte con i motivi aggiunti tendenti all'annullamento della nuova procedura di gara indetta (...) sono inammissibili per carenza di interesse e comunque infondate.

Facendo seguito alla decisione – contestata con il ricorso principale - di non aggiudicare la precedente gara stante la non idoneità dell'unica offerta, la Stazione Appaltante ha indetto una nuova gara che ha un oggetto ed un valore diverso rispetto a quella precedente.

Orbene, la mandataria (...) e la mandante ditta (...) (che insieme compongono il raggruppamento temporaneo nella misura del 90%) hanno partecipato alla nuova gara presentando nei termini previsti la propria offerta e, come si evince dal Verbale n.1 (doc.11 in allegato ai motivi aggiunti), sono state ammesse alla procedura.

Sono pertanto inammissibili i motivi di ricorso con i quali la ricorrente ha prospettato l'immediata lesività delle clausole asseritamente escludenti, relativi alla incongruenza dell'importo a base di gara che, in tesi, non consentirebbe la copertura dei costi e non assicurerebbe all'impresa un margine di utilità (I motivo); ed alla incongruenza del termine concesso per la presentazione dell'offerta (II e III motivo).

Invero, la circostanza stessa della presentazione di offerta in sede di gara contraddice le censure proposte, nella parte in cui lamentano l'esistenza di una base d'asta che impedirebbe di presentare un'offerta remunerativa e quindi in parte qua contestano il bando.

Sul punto la giurisprudenza condivisa dal Collegio (cfr. Tar Lombardia Milano 29 aprile 2020 n. 709) osserva come la partecipazione alla gara si pone alla stregua di un fatto (successivo) incompatibile con l'azione proposta avverso il bando, poiché le due (contrapposte) utilità perseguite - accoglimento del ricorso e aggiudicazione - rischiano

di elidersi a vicenda, impedendo alla parte di ottenere qualsivoglia vantaggio giuridicamente apprezzabile. Con l'inoltro della domanda di partecipazione alla gara la ricorrente ha dato prova, per fatti concludenti, di essere nella condizione di presentare un'offerta congrua e remunerativa, smentendo implicitamente le contestazioni mosse alla legge di gara.

Il Collegio è consapevole della circostanza che la pronuncia richiamata sia stata riformata dal Consiglio di Stato ( sentenza n.05705/2020), che ha ricordato come in seguito alla sentenza dell'Adunanza plenaria (26 aprile 2018, n. 4) si deve procedere all'immediata impugnazione del bando quando si contestano clausole immediatamente escludenti o che impediscono la partecipazione alla gara e la presentazione di un'offerta, dovendo tutte le altre essere impugnate, a valle e all'esito della gara, unitamente all'atto lesivo dell'interesse azionato (Cons. St., sez. V, 27 luglio 2020, n. 4758; id. 22 novembre 2019, n. 7978).

È stato altresì chiarito che la lesione lamentata deve conseguire in via immediata e diretta, e non soltanto potenziale e meramente eventuale, alle determinazioni dell'amministrazione e all'assetto di interessi delineato dagli atti di gara, in relazione a profili del tutto indipendenti dalle vicende successive della procedura e dai correlati adempimenti (Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2020, n. 441).

Di qui si è affermato come diventa irrilevante la circostanza che l'operatore economico abbia o meno presentato la domanda di partecipazione alla gara, essendo soltanto l'immediata lesione della posizione giuridica qualificata a legittimare l'impugnazione del bando. Non sarebbe dunque condivisibile l'assunto secondo cui l'aver partecipato alla gara preclude la proposizione del ricorso, potendo al più essere la dimostrazione – in punto di fatto e non di diritto – che non era materialmente preclusa la presentazione di una offerta seria.

Ciò offre, secondo il giudice di appello, un primo principio di prova in ordine alla possibilità di formulare una offerta seria.

In altri termini, l'aver presentato la domanda di partecipazione alla gara non è ex se

preclusivo della proposizione del gravame, costituendo una sorta di acquiescenza alle regole che presiedono la procedura – ma è la prova, in punto di fatto, che era ben possibile presentare una offerta remunerativa.

In tal sede il giudice di appello ha quindi ribadito il novero delle clausole escludenti, esprimendo delle considerazioni che, calate nel caso di specie, denotano la natura non immediatamente escludente delle clausole impugnate.

Secondo l'insegnamento della Plenaria, possono farsi rientrare nel genus delle clausole immediatamente escludenti” le fattispecie di: a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. St., A.P., n. 3 del 2001); c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; id., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Per contro, la ricorrente lamenta:

l'importo a base di gara non consentirebbe la copertura dei costi e non assicurerebbe

all'impresa un margine di utilità (I motivo); il termine concesso per la presentazione dell'offerta non sarebbe congruo (II motivo); l'incongruenza del termine concesso troverebbe conferma nell'esigenza manifestata da esso ricorrente di conseguire ulteriori notizie rispetto a quelle ricavabili dai documenti di gara (III motivo).

Orbene, il primo motivo attiene alla pretesa non convenienza delle condizioni negoziali richieste dalla stazione appaltante, rispetto alle quali va rilevato come in ogni gara il concorrente sia chiamato ad operare un proprio calcolo di adeguatezza nel presentare l'offerta, considerando che la stazione appaltante detterà regole che mirano a raggiungere il prezzo più conveniente sfruttando il regime di competitività tra i concorrenti che si muovono nel libero mercato. Il valore dimostrato dall'operatore economico all'atto della presentazione di una offerta in sede di gara pubblica è proprio quello di saper trovare il perfetto punto di equilibrio tra una offerta che sia altamente competitiva per la stazione appaltante e che, nel contempo, consenta un margine di guadagno.

Conclusivamente, le argomentazioni dedotte non dimostrano la natura escludente di tale clausola.

Con il secondo motivo aggiunto la ricorrente ha censurato gli atti impugnati sostenendo che il termine concesso agli operatori per presentare offerta non era congruo ed impediva ai concorrenti di partecipare alla gara e formulare l'offerta.

La censura è infondata perché la stazione appaltante ha concesso ai concorrenti un termine superiore ai 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara previsto dal combinato disposto degli articoli 60 co.3 del d.lgs.50/2016 e dell'art.8 co.1 lett.c) del d.l. 76/2020 in forza del quale nelle procedure aperte il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 15 giorni data di pubblicazione del bando di gara senza onere per l'amministrazione di motivare in merito alla riduzione rispetto ai termini ordinari.

In ogni caso la censura è anche inammissibile, dal momento che la ricorrente ha partecipato alla gara ed ha presentato la propria offerta in tempo utile, così dequotando a censura puramente formale quella inerente il preteso mancato rispetto dei termini di pubblicazione.

Anche la terza censura aggiunta, con cui la ricorrente lamenta di aver manifestato alla Stazione Appaltante l'esigenza di avere ulteriori documenti è infondata per le ragioni sopra esposte, avendo la Stazione Appaltante rispettato il termine minimo previsto dalla legge ed avendo, comunque, il concorrente, presentato la propria offerta.

La domanda va conclusivamente respinta, resistendo l'operato dell'amministrazione alle censure proposte.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti, previa declaratoria del difetto di legittimazione passiva di (...), li respinge.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore delle controparti costituite, che liquida in Euro 2000,00 a favore della (...) e Euro 2000,00 in favore della (...), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Anna Pappalardo**