

**Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 5468 del 2 dicembre 2015**

*OEPV – Indicazione di una soglia minima (elevata) per la valutazione dell'offerta tecnica – Legittimità – Nessun effetto sulla concorrenza*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3796 del 2015, proposto dalla Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato ..... in Roma, via .....

***contro***

il Comune di Ferentino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso lo studio ..... in Roma, via .....

***nei confronti di***

la Lavorogna s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. ....., con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione Quinta del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, n. 13;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Lazio – Sezione di Latina n. 368/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e dei servizi connessi di igiene urbana nel Comune di Ferentino.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ferentino e della Lavorgna s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati .....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ricorso n. 75 del 2015, notificato il 3/4 febbraio 2015 e ritualmente depositato dinanzi al T.A.R. per il Lazio – Sezione di Latina, l'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. (di seguito, la SANGALLI), premesso di avere partecipato alla gara indetta dal Comune di Ferentino, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e dei servizi connessi di igiene urbana, impugnava gli atti relativi a tale procedura.

In particolare, essa assoggettava a gravame la decisione della commissione giudicatrice di non ammetterla alla fase di valutazione delle offerte economiche per non aver superato, con la sua offerta tecnica, la soglia minima di punteggio prevista dal capitolo 12.1 del disciplinare (*«saranno ammesse alla fase di valutazione complessiva, solo gli operatori che per quanto riguarda l'offerta tecnica avranno totalizzato un punteggio di valore tecnico almeno pari a 50/70imi punti»*).

La SANGALLI a fondamento del ricorso deduceva, con un unico e articolato motivo, le seguenti censure: violazione dell'art. 83, comma 2, e dell'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei principi informatori delle procedure di evidenza pubblica *sub specie* di abuso di discrezionalità, massima concorrenza e parità di trattamento; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, proporzionalità (adeguatezza) e ingiustizia manifesta.

La ricorrente deduceva, in sostanza, che la soglia prevista dal disciplinare, pari a 50/70 di punteggio di valore tecnico delle offerte, pur rientrando in astratto nella facoltà discrezionale dell'Amministrazione di privilegiare offerte particolarmente apprezzabili, nondimeno, per il fatto di risultare pari a circa il 75% del punteggio massimo conseguibile, e quindi di attestarsi su un livello molto superiore alla sufficienza, doveva essere giudicata illegittima, ponendo uno sbarramento che produceva effetti indebitamente restrittivi della concorrenza: tant'è che solo uno dei cinque concorrenti, ossia l'aggiudicataria, aveva superato la fase della valutazione tecnica.

La SANGALLI domandava anche la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato in pendenza del gravame, con richiesta di subentro da parte sua e, in via subordinata, di risarcimento del danno per equivalente.

In via ulteriormente subordinata essa instava, infine, per la rinnovazione dell'intera procedura di gara.

Si costituivano in giudizio in resistenza al ricorso il Comune di Ferentino e la controinteressata Lavorgna s.r.l., aggiudicataria provvisoria dell'appalto.

2 All'esito del giudizio di prime cure, il Tribunale adito con la sentenza n. 368/2015 in epigrafe respingeva il ricorso.

3 Avverso tale decisione veniva proposto l'appello all'esame della Sezione da parte della soccombente, la quale ribadiva le proprie censure alla clausola in contestazione e sottoponeva a critica gli argomenti con i quali il primo Giudice le aveva disattese (rimarcando anche il mancato esame da parte del T.A.R. di taluni dei suoi argomenti).

Il Comune di Ferentino resisteva anche in questo secondo grado di giudizio all'impugnativa della SANGALLI, riproponendo la propria originaria eccezione d'irricevibilità per tardività dell'originario gravame e deducendone, comunque, anche l'infondatezza nel merito.

Resisteva all'appello anche l'aggiudicataria, che ne eccepiva l'inammissibilità sotto il profilo dell'irregolarità della sua notifica a mezzo di P.E.C., l'improcedibilità per mancata impugnazione della sopraggiunta aggiudicazione definitiva in proprio favore, e in ogni caso l'infondatezza.

La domanda cautelare proposta con l'appello è stata respinta dalla Sezione con l'ordinanza del 12 maggio 2015, per carenza del necessario *periculum in mora*. Il successivo 16 giugno fra le parti appellate veniva stipulato il contratto d'appalto.

L'appellante in seguito replicava alle eccezioni avversarie e insisteva per l'accoglimento dell'impugnativa.

Il Comune, dal canto suo, sviluppava ulteriormente le proprie difese della legittimità della clausola di sbarramento in contestazione e presentava uno scritto di replica.

Alla pubblica udienza del 10 novembre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

4 Rileva il Collegio che – in ragione dell'infondatezza dell'appello – si può prescindere, come già fatto dal Giudice di prime cure, dall'esame delle eccezioni formulate in rito dalle parti appellate.

5 Le doglianze a base dell'appello possono essere compendiate nelle seguenti critiche di fondo:

- il rilievo assegnato dal T.A.R. all'importanza dell'obiettivo comunale di raggiungere la percentuale minima di raccolta differenziata del 65 % sarebbe in contraddizione con il bando di gara, che all'unico criterio di valutazione incentrato sulla raccolta differenziata assegna un punteggio massimo di appena 13 punti, sui 70 complessivamente devoluti allo scrutinio delle offerte tecniche;

- la gara non concerne un appalto particolarmente complesso né innovativo, ma un usuale servizio di raccolta dei rifiuti, dato che la raccolta differenziata è una realtà da tempo radicata, e che il perseguimento della percentuale sopra indicata costituisce un obiettivo prestazionale perfino ovvio, siccome imposto dalla disciplina di settore, sicché il servizio oggetto della procedura non giustificerebbe la previsione di un

«elevato standard tecnico-qualitativo», e, in particolare, l'esigenza del raggiungimento della medesima percentuale non giustificherebbe la previsione della clausola di sbarramento in contestazione;

- la soglia *sub judice* confliggerebbe con i principi elaborati in materia dalla giurisprudenza, la quale riterrebbe legittimo uno sbarramento del genere solo ove ancorato al raggiungimento di un grado di semplice sufficienza rispetto al punteggio totale attribuibile per il merito tecnico, o di poco superiore alla metà di tale punteggio, e, di contro, reputerebbe censurabile una previsione di soglia prossima al punteggio massimo assegnabile (la ricorrente, nel contestare l'abnorme consistenza della soglia oggetto di scrutinio, precisa che essa si attesterebbe al 71,42 % del massimo previsto per l'offerta tecnica);

- una soglia di questo tipo dovrebbe contemperare l'esigenza di conseguire prestazioni qualitativamente adeguate con quella di un livello ragionevole di concorrenzialità, laddove nel caso concreto, in cui solo una concorrente è stata ammessa – e per giunta di stretta misura - al prosieguo della procedura, questa seconda esigenza sarebbe stata lesa;

- una soglia di sbarramento tanto elevata, infine, avrebbe cagionato uno sbilanciamento, nella procedura di scelta del contraente, a favore dell'elemento qualitativo e a discapito di quello quantitativo, snaturando l'impostazione a base dello schema regolato dall'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

6 La Sezione ritiene che la disamina delle doglianze appena riassunte, suscettibili di trattazione congiunta in virtù della loro interdipendenza, debba prendere le mosse dal dato normativo.

Invero, l'art. 83, comma 2, d.lgs n. 163 del 2006, nel riferirsi alle gare imperniate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilisce quanto segue: «*Il bando di gara ... elenca(no) i criteri di valutazione e precisa(no) la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui*

*lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato».*

Il Tribunale ha condivisibilmente rilevato che essa - nel contemplare, appunto, il riconoscimento della possibilità per le stazioni appaltanti di fissare per la valutazione delle offerte delle soglie di sbarramento simili a quella in contestazione - denota l'infondatezza della censura di violazione dell'art. 46, comma 1 *bis*, d.lgs. cit..

L'Amministrazione ha introdotto nella *lex specialis* la clausola oggetto di scrutinio, nell'esercizio di uno specifico potere attribuitole dalla legge. Sicché la presente controversia si sostanzia, in pratica, nella verifica dell'appropriatezza -richiesta dalla disposizione testé trascritta- della scelta discrezionale così compiuta.

7 La Sezione ritiene che tale requisito di appropriatezza sia stato rispettato.

7a Nell'introdurre il *thema decidendum*, va rilevato come la definizione dei criteri da seguire nelle procedure di gara per la valutazione delle offerte dei concorrenti sia rimessa all'apprezzamento discrezionale delle stazioni appaltanti.

L'Amministrazione dispone, infatti, di ampi margini di discrezionalità nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche delle relative formule matematiche (cfr. ad es. C.d.S., V, 12 giugno 2013, n. 3239; 22 gennaio 2015, n. 257; 18 giugno 2015, n. 3105).

Secondo il modulo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in particolare, la selezione del contraente deriva dal congiunto apprezzamento tecnico-discrezionale dei vari elementi che compongono le offerte secondo parametri di valutazione e ponderazione predeterminati dalla Stazione appaltante in funzione delle esigenze da soddisfare con lo specifico contratto, pur se con il vincolo che i criteri prescelti siano coerenti con le prestazioni che formano oggetto dell'appalto e pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (cfr. l'art. 83 cit., comma 1).

Come riflesso di quanto esposto, il sindacato giurisdizionale nei confronti delle scelte amministrative operate in materia, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente nei casi di abnormità, sviamento o manifesta illogicità (V, 12 giugno 2013, n. 3239; 8 aprile 2014, n. 1668; 22 gennaio 2015, n. 257).

7b Questa impostazione rileva, naturalmente, anche nell'eventualità che la Stazione appaltante decida di avvalersi dello 'strumento' della «soglia di sbarramento» di cui al precedente paragr. 6, scelta che potrebbe pertanto essere censurata solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, di incongruenze o di palesi abnormità (cfr., ad es., V, 18 novembre 2011, n. 6084).

La *ratio* di questo 'strumento' si ricollega all'esigenza specifica di addivenire, ai fini della singola, particolare procedura contrattuale, ad un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato, sì da comportare l'esclusione di quelle che, pur magari astrattamente convenienti sul piano economico, non raggiungano però sul versante qualitativo lo standard che l'Amministrazione si prefigge.

Nessun dubbio è possibile, inoltre, sul fatto che l'applicazione del meccanismo di soglia di cui si tratta debba avvenire in coerenza con le specificità del contratto da concludere e con il complesso dei criteri di scelta del relativo contraente.

Orbene, nella vicenda in esame tutte le condizioni inerenti all'applicazione dello 'strumento' in esame sono state soddisfatte.

7c Nel caso concreto risulta del tutto ragionevole, in primo luogo, che la Stazione appaltante abbia configurato la propria procedura di scelta del contraente dando precipuo rilievo all'aspetto qualitativo delle offerte rispetto a quello economico.

L'art. 5 del capitolato d'appalto indica gli «*obiettivi generali e specifici*» dell'affidamento. Tra i primi figura quello del «*raggiungimento degli obiettivi nazionali di raccolta differenziata (RD) in alta qualità, con minimo il 65 % del totale dei rifiuti prodotti*», unitamente

all'ulteriore obiettivo, strettamente connesso, della «*riduzione dei rifiuti indifferenziati da inviare allo smaltimento in discarica*».

L'indicato traguardo della raccolta differenziata, oltre a essere annoverato tra gli «*obiettivi generali*» dell'appalto, connota però significativamente anche il contenuto essenziale di entrambi gli «*obiettivi specifici*» enunciati dall'articolo, ambedue riguardanti appunto la necessità di migliorare la *performance* della raccolta differenziata.

Risulta pertanto *per tabulas* come il fine essenziale perseguito dall'Amministrazione con la esecuzione dell'appalto in questione riguarda proprio tale elemento.

Né il relativo scopo può essere considerato irrilevante osservando che esso costituirebbe un obiettivo prestazionale perfino ovvio, per il fatto di essere imposto dalla disciplina di settore.

Infatti, è incontestato che nel Comune di Ferentino la percentuale della raccolta differenziata al tempo dell'indizione della gara si caratterizzava ancora per un livello inferiore al 10 % . E questo dato, all'evidenza insuscettibile di essere trascurato, imponeva all'Amministrazione quale urgente priorità quella di emanare ogni atto volto ad innalzare tale livello e a raggiungere lo standard legale.

Ciò anche in linea con la correlativa necessità, per l'Ente, di perseguire una riduzione dei propri ingenti costi di gestione della frazione indifferenziata dei rifiuti, dal peso economico evidentemente inversamente proporzionale all'incremento delle sue attività di raccolta differenziata.

7d Da quanto esposto si desume, quindi, la coerenza della scelta del Comune di impostare la nuova gara per l'affidamento del proprio servizio d'igiene urbana imperniando la selezione sulla componente tecnica delle offerte, piuttosto che su quella economica, in modo da poter effettivamente privilegiare, grazie a questa valorizzazione dell'aspetto tecnico-qualitativo dell'affidamento, il primario obiettivo di un rapido miglioramento della *performance* della propria raccolta differenziata.

Si desume, altresì, come una simile priorità ben potesse logicamente giustificare l'introduzione della «soglia di sbarramento» prevista dal comma 2 dell'art. 83 cit., che si ricollega proprio all'esistenza di un'esigenza specifica di addivenire, ai fini della singola procedura, ad un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato.

7e Né è possibile individuare a questo riguardo delle contraddizioni nella *lex specialis*, dalla ricorrente invece criticata in quanto all'unico criterio di valutazione incentrato sulla raccolta differenziata è assegnato un punteggio massimo limitato ad appena 13 punti, sui 70 complessivamente assegnabili in sede di scrutinio delle offerte tecniche. Il bando di gara, in coerenza con l'esposizione che precede, destina la maggior parte dei punti, fino a 70/100, all'apprezzamento delle offerte tecniche, contenendo in 30/100 quelli riflettenti le offerte economiche.

La valorizzazione della raccolta differenziata, inoltre, non avviene solo attraverso il criterio sul quale la SANGALLI si è soffermata, giacché al medesimo obiettivo è sicuramente riconducibile quantomeno anche l'ulteriore previsione del riconoscimento fino a 10 punti a fronte della proposta migliorativa di un sistema di controllo finalizzato ad evitare erronei conferimenti presso i cassonetti destinati a ricevere, appunto, la raccolta differenziata.

Ciò comporta l'insussistenza della contraddittorietà lamentata dalla SANGALLI.

7f Del pari infondata è la critica secondo la quale la soglia in contestazione, postulando il raggiungimento di un punteggio di valore tecnico almeno pari a 50/70, e pertanto ben superiore a un livello di semplice sufficienza, sarebbe eccessivamente elevata.

Ad avviso del Collegio, la tesi di parte ricorrente - che una clausola di sbarramento quale quella impugnata dovrebbe essere ancorata a pena d'invalidità al raggiungimento di un grado di semplice sufficienza, o poco più, rispetto al punteggio massimo previsto per il merito tecnico - non si basa su una disposizione normativa, né su principi affermati in sede giurisprudenziale.

La norma di legge, difatti, si limita, come si è visto, a disporre che debba essere «*appropriato*» lo scarto tra la soglia e il punteggio massimo relativo all'elemento cui la soglia stessa si riferisce.

La giurisprudenza, in proposito, ha ammesso la censurabilità di una previsione di soglia che sia prossima al punteggio massimo (C.d.S., V, 18 novembre 2011, n. 6084). Il Collegio ritiene però di escludere che una soglia fissata in corrispondenza del 71,42 % del massimo assegnabile all'offerta tecnica, come nel caso concreto, integri la condizione patologica appena detta.

Per quanto, infatti, una soglia simile sia sensibilmente superiore a un livello di astratta sufficienza, essa è comunque lontana dal massimo punteggio attribuibile: e la giurisprudenza in sede applicativa si è già espressa, del resto, per la possibile fissazione anche di valori del genere quali livelli di soglia, allorché ha reputato legittimi sbarramenti fissati, rispettivamente, a punti 28 su 40, pari a un valore del 70 % (VI, 16 febbraio 2010, n. 849), e a punti 45 su 60, pari al 75 % (V, 18 aprile 2012, n. 2253), facendo notare l'adeguatezza di simili soglie, finalizzate «*al risultato di escludere offerte tecniche che non raggiungano un giudizio qualitativo che superi la mera sufficienza*» (sentenza n. 849/2010 cit.).

Occorre infine aggiungere che il rispetto della condizione di legittimità in discorso non dipende solo da una verifica sul piano della proporzionalità astratta, ma deve tener conto anche degli elementi qualitativi perseguiti dalla Stazione appaltante.

Ora, in precedenza la Sezione ha già constatato l'importanza centrale rivestita dalla prioritaria necessità di un miglioramento della raccolta differenziata locale: e questo giustifica, ai fini del caso concreto, sia la fissazione di una soglia minima, sia la fissazione della medesima in corrispondenza di un livello di punteggio pur cospicuo, quale indubbiamente è quello prescelto.

7g La Sezione non può nemmeno condividere la doglianza che la soglia fissata nello specifico sarebbe stata tanto alta da precludere alla procedura un ragionevole tasso

di concorrenzialità, come si evincerebbe dal fatto che solo una concorrente è stata ammessa al prosieguo della gara.

Come la difesa comunale ha correttamente rilevato, la verifica dell'appropriatezza di un valore di soglia non può essere fatta dipendere da una valutazione *ex post*, anche perché sono numerosi i fattori suscettibili di influenzare il numero dei concorrenti che riescano a superare la soglia e ad accedere alla fase successiva (come il numero iniziale dei concorrenti, la qualità tecnica delle loro offerte, ecc.): sicché neanche la circostanza che in una data procedura un solo concorrente sia riuscito a superare la soglia fissata costituisce di per sé indice di una patologia.

7h Infine, va escluso che la clausola di sbarramento in contestazione abbia potuto snaturare la procedura dando luogo, con la sua elevatezza, a uno sbilanciamento a favore dell'elemento qualitativo, e a discapito di quello economico, incompatibile con l'impostazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Come questo Consiglio ha già avuto modo di osservare, *«la legge non impone di valutare sempre e comunque, sotto il profilo del prezzo, un'offerta che sia qualitativamente scarsa, ben potendo consentirsi alle stazioni appaltanti di non valutare offerte qualitativamente non apprezzabili, anche se convenienti sul piano economico»* (sentenza n. 849/2010 cit.).

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non comporta, infatti, che anche un'offerta rivelatasi qualitativamente insoddisfacente debba essere ineluttabilmente valutata anche sotto l'aspetto economico, in quanto questa materia soggiace alla disciplina stabilita a monte della procedura dall'Amministrazione, nelle cui facoltà discrezionali rientra la determinazione dei fattori d'incidenza dei singoli elementi dell'offerta, con il loro correlativo dosaggio in relazione alle esigenze da soddisfare, nel rispetto del principio della parità di trattamento (VI, 22 novembre 2006 n. 6835; V, 3 marzo 2004, n. 1040).

8 Le ragioni sopra esposte inducono, pertanto, al rigetto dell'appello, siccome infondato.

Le spese processuali del secondo grado sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe n. 3796 del 2015, lo respinge.

Condanna la società appellante al rimborso alle controparti delle spese processuali del presente grado, che liquida in favore di ciascuna delle due appellate nella misura complessiva di euro tremilacinquecento, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)