



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 2283 del 2013, proposto da Intereco Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Pieri, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 284;

contro

ATAC S.p.A. Azienda per la Mobilità, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Michetti, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, via Giovanni Nicotera n. 29;

nei confronti di

- N.I.ECO S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Felicicoli, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, via Giovanni Bettolo n. 22
- Econet s.r.l., in persona del legale rappresentante;

per l'annullamento

- del provvedimento con cui l'offerta presentata dalla ricorrente è stata esclusa, con riguardo a tutti e tre i lotti della procedura "per l'affidamento del servizio di confezionamento, prelievo, trasporto e conferimento finale ad impianto autorizzato per operazioni di recupero e/o smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, prodotti nelle sedi ATAC S.p.A. della Regione Lazio, con annessa fornitura di contenitori scarrabili, per una durata di 3 (tre) anni" ;
- della nota prot. n. 0016458 del 1° febbraio 2013, con cui ATAC S.p.A. ha comunicato alla ricorrente la suddetta esclusione per i tre lotti per la seguente motivazione: "L'offerta tecnica per tutti e tre i lotti è carente degli indicatori richiesti nei sub-criteri di cui al punto 3.2.1 del Capitolato tecnico ai fini della valutazione delle prestazioni ambientali e, pertanto, in sede di valutazione tecnica non ha raggiunto la soglia minima prevista al punto 3.2.3 del Capitolato medesimo";
- delle tre comunicazioni ricevute via mail in data 23 gennaio 2013, con cui, rispettivamente con riguardo ai lotti A, B e C, è stato genericamente comunicato alla ricorrente "Siamo spiacenti di non poter accettare la sua offerta – ATAC S.p.A. la ringrazia per la sua partecipazione";
- del verbale di gara n. 2 relativo alla seduta del 16 gennaio 2013, in cui la commissione giudicatrice ha valutato l'offerta tecnica della ricorrente ed ha rilevato che "la documentazione presentata dal suddetto concorrente è carente su diversi aspetti e temi, in particolare mancano gli indicatori richiesti nei sub-criteri indicati nei punti 3.2, 3.2.1 e 3.2.2 del Capitolato speciale, che rendono impossibile la valutazione delle prestazioni ambientali" e,

quindi, la ha esclusa dalla gara, ritenendo “l’offerta insufficiente rispetto al punteggio minimo di sbarramento di cui al punto 3.2.3 del Capitolato speciale”;

- del verbale di gara n. 1 relativo alla seduta del 9 gennaio 2013, in cui la Commissione giudicatrice ha valutato le offerte tecniche presentate dalle altre concorrenti, nonché del verbale di gara n. 3 relativo alla seduta del 23 gennaio 2013, in cui la Commissione giudicatrice ha dato lettura dei punteggi tecnici attribuiti alle concorrenti che avevano superato la cd. soglia di sbarramento, aperto e valutato le offerte economiche, nonché assegnato i punteggi complessivi, formato la graduatoria, disposto l’aggiudicazione provvisoria dei lotti A e C, dichiarato deserta la gara relativamente al lotto B e sottoposto a verifica di anomalia le offerte delle due concorrenti in graduatoria;
- di tutti gli atti e i verbali del sub-procedimento di verifica delle offerte anomale, ivi compresi le relazioni della Commissione, i chiarimenti forniti dalle imprese interessate e le determinazioni della Stazione appaltante;
- di tutti gli atti, verbali e provvedimenti adottati dalla Commissione e dalla Stazione appaltante successivamente alla chiusura del sub-procedimento di verifica delle offerte anomale, ivi compresa espressamente l’aggiudicazione definitiva dei lotti A e C, nonché di ogni determinazione assunta con riguardo al lotto B, dopo che è stato dichiarato deserto;
- in ogni caso, di tutti i verbali di gara, anche relativi alla fase di prequalifica, nonché all’apertura e verifica sia della documentazione amministrativa, sia delle offerte tecniche ed economiche;
- in ogni caso, del bando, della lettera di invito e del capitolato speciale, nella parte in cui hanno indicato la documentazione amministrativa da produrre, nonché fissato il criterio di aggiudicazione, gli elementi di valutazione delle offerte, i parametri per l’attribuzione dei punteggi tecnici e la cd. soglia di sbarramento di almeno 18/30 punti;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresi espressamente i contratti di appalto eventualmente già stipulati per ciascun lotto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ATAC S.p.A. e della controinteressata N.I.ECO S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2013 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone preliminarmente la ricorrente di essere stata invitata da ATAC S.p.A. a partecipare alla procedura ristretta indetta “per l’affidamento del servizio di confezionamento, prelievo, trasporto e conferimento finale ad impianto autorizzato per operazioni di recupero e/o smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, prodotti nelle sedi ATAC S.p.A. della Regione Lazio, con annessa fornitura di contenitori scarrabili, per una durata di 3 (tre) anni”, con criterio di aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa.

Per ciascuno dei 3 lotti previsti, la gara sarebbe stata aggiudicata al concorrente la cui offerta avesse ottenuto il maggior punteggio all’esito della valutazione dell’elemento tecnico (massimo 30 punti) e di quello economico (massimo 70 punti).

Relativamente all’offerta tecnica, il Capitolato speciale di gara prevedeva (punto 3.2.1) due parametri di valutazione (“Valutazione delle prestazioni ambientali”: 20 punti; “Tipologia mezzi utilizzati”: 10 punti) ed

individuava, per ciascuno di essi, sub-criteri ai quali erano correlati sub-pesi.

Inoltre, lo stesso Capitolato stabiliva l'esclusione dei concorrenti che non avessero conseguito un complessivo punteggio tecnico pari a 18/30 punti.

La ricorrente veniva esclusa dalla gara in quanto l'offerta tecnica dalla medesima presentata per tutti e tre i lotti è risultata carente degli indicatori richiesti nei sub-criteri di cui al punto 3.2.1 del Capitolato tecnico ai fini della valutazione delle prestazioni ambientali; con conseguente non raggiungimento della soglia minima (18/30) prevista al punto 3.2.3 del Capitolato medesimo.

Questi i motivi di censura:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 13, 83 e 79 del D.Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 120, comma 2, del D.P.R. 207/2010. Violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 43 e 53 della Direttiva UE 18/2004 e della Direttiva UE 66/2007. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in particolare dei punti 5 (pag. 10) e 8 della lettera di invito, nonché dei punti 3.1.2, 3.2, 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.3 del Capitolato speciale. Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento, massima concorrenza e partecipazione alle gare. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di presupposti, travisamento, illogicità, irragionevolezza e disparità di trattamento, difetto di motivazione. Sviamento.

Assume in primo luogo parte ricorrente che non sia stata offerta congrua motivazione a fondamento dell'avversata determinazione di esclusione.

Non sarebbe, in particolare, possibile ricostruire l'*iter* logico che ha condotto la Commissione giudicatrice ad attribuire all'offerta tecnica un punteggio inferiore a 18/30 neppure sulla base della lettura del verbale relativo alla seduta del 16 gennaio 2013.

Quanto alle caratteristiche dell'offerta di cui trattasi, assume Intereco di averne dettagliato i contenuti per ciascuno dei sei sub-parametri relativi al punto 3.2.1: per l'effetto contestando di aver ommesso di fornire gli indicatori richiesti dal capitolato speciale di gara.

Soggiunge che, in ragione del punteggio alla medesima spettante anche con riferimento al punteggio previsto sub 3.2.2 dello stesso Capitolato, l'offerta presentata le avrebbe consentito di aggiudicarsi tutti e tre i lotti messi in gara.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 75 e 46 del D.Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in particolare del punto 1.2.1 della lettera di invito. Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione del principio di par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di presupposti, travisamento, illogicità, irragionevolezza e disparità di trattamento, difetto di motivazione. Sviamento.

Rileva parte ricorrente che, nel corso della seduta pubblica del 6 dicembre 2012, la Commissione ha riscontrato, in capo agli altri candidati, un'irregolarità riguardante le cauzioni provvisorie, carenti della dimostrazione dei necessari poteri di firma in capo al soggetto che ha rilasciato la garanzia; per l'effetto assumendosi che le altre partecipanti avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura di gara.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42 e 83 del D.Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 della Direttiva UE 18/2004 e dei principi da questa desumibili in ordine ai criteri di valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Violazione e falsa applicazione dei principi generali di coerenza e logicità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Sviamento.

Viene, inoltre, censurata la *lex specialis*, nella parte in cui ha calibrato l'attribuzione dei 30 punti previsti per le offerte tecniche su criteri asseritamente illegittimi, in quanto improntati alla valorizzazione di caratteristiche

soggettive dei concorrenti, in luogo della peculiarità delle offerte medesime.

Nel rammentare la netta distinzione intercorrente fra i requisiti di ordine soggettivo (preordinati all'ammissione alla procedura selettiva) e gli elementi oggettivi dell'offerta (profili tecnici e prezzo, suscettibili di valutazione ai fini della formazione della graduatoria tra gli aspiranti), sostiene la ricorrente che il criterio riguardante la "Valutazione delle prestazioni ambientali" abbia carattere spiccatamente soggettivo.

La commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica avrebbe determinato, secondo la prospettazione di parte, una non corretta considerazione dell'oggetto della prestazione richiesta.

Viene, inoltre, contestata l'individuazione, ad opera del Capitolato speciale, di una soglia di sbarramento (rappresentata dal conseguimento del punteggio di 18/30) per l'ammissione al prosieguo della gara: con ciò precludendosi la valutazione dell'elemento economico dell'offerta, al quale la Stazione appaltante aveva attribuito, peraltro, predominante rilevanza ai fini dell'aggiudicazione (70 punti su un massimo di 100).

Con motivi aggiunti depositati il 30 maggio 2013, Intereco ha impugnato la relazione tecnica, depositata in giudizio da ATAC S.p.A. in data 19 aprile 2013, a firma dell'ing. Flavio Ottaviani, membro della Commissione giudicatrice, recante indicazioni riguardanti il mancato superamento della soglia minima di punteggio tecnico da parte della ricorrente.

Con ulteriori motivi aggiunti, depositati il 22 luglio 2013, parte ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva dei lotti A e C, disposta in favore della controinteressata N.I.ECO S.p.A. con provvedimento n. 42 del 13 giugno 2013, comunicato *ex art.* 79 del D.Lgs. 163/2006 con nota prot. 0099213 dell'8 luglio 2013, nonché il relativo contratto eventualmente stipulato.

Entrambi i mezzi di tutela da ultimo indicati recano una declinatoria di argomenti di censura affatto sovrapponibile rispetto alle doglianze articolate con l'atto introduttivo del giudizio.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione in proprio favore dei lotti per i quali ha preso parte alla gara (e conseguente stipulazione dei relativi contratti); in subordine, chiedendo il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato, con riveniente accertamento del danno e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

ATAC S.p.A., costituitasi in giudizio, con numerosi scritti difensivi (da ultimo, memoria depositata il 20 novembre 2013, in vista della trattazione della controversia all'odierna udienza pubblica), ha contestato la fondatezza delle esposte doglianze (peraltro eccependo l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti dalla parte ricorrente), con conclusiva richiesta di reiezione dell'impugnativa.

Si è inoltre costituita in giudizio la controinteressata N.I.ECO S.p.A., che ha parimenti controdedotto, omogeneamente sollecitando il rigetto del ricorso.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questa Sezione accolta – ai soli fini della sospensione della stipula del contratto d'appalto – con ordinanza n. 3629, pronunciata nella Camera di Consiglio del 18 settembre 2013.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 17 dicembre 2013, fissata con il provvedimento cautelare sopra citato.

DIRITTO

1. Vanno, innanzi tutto, esaminate le eccezioni di inammissibilità dei motivi aggiunti sollevate dalla difesa di

ATAC (memoria illustrativa depositata il 20 novembre 2013), in quanto:

- tali mezzi di tutela rivelerebbero carattere generico, atteso che con essi sono stati dedotti i medesimi argomenti di doglianza rivolti, con l'atto introduttivo del giudizio, avverso l'esclusione della ricorrente Intereco dalla gara precedentemente indicata;

- in particolare, i motivi aggiunti rivolti nei confronti della relazione dell'ing. Fabio Ottaviani (e notificati il 20 maggio 2013) avrebbero ad oggetto un atto endoprocedimentale, insuscettibile di impugnazione.

1.1 La prima delle illustrate eccezioni non riveste pregio, atteso che la pur reiterata formulazione di identici profili di doglianza non esclude che anche i motivi aggiunti successivamente proposti possano essere ammessi a deliberazione: in proposito osservandosi che, laddove dovessero dimostrarsi fondate le ragioni di doglianza esposte avverso il provvedimento di esclusione, il relativo profilo di illegittimità verrebbe a riverberarsi, con valenza inficiante, anche sui successivi atti della procedura di selezione, ivi compresa la conclusiva aggiudicazione.

Piuttosto, l'impugnazione di siffatta, ultima, determinazione ha precluso, in capo ed a danno della parte ricorrente, il verificarsi di un effetto di consolidamento del provvedimento aggiudicatorio, con riveniente inoppugnabilità suscettibile di reagire sulla persistenza dell'interesse all'impugnazione dell'esclusione.

1.2 Se deve, dunque, escludersi che la prima delle illustrate eccezioni si presti a condivisione, merita invece accoglimento l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti (depositati il 30 maggio 2013), rivolti avverso la relazione tecnica, depositata in giudizio da ATAC S.p.A. in data 19 aprile 2013, a firma dell'ing. Flavio Ottaviani, membro della Commissione giudicatrice, recante indicazioni riguardanti il mancato superamento della soglia minima di punteggio tecnico da parte della ricorrente.

Tale atto, invero, rivela valenza meramente endoprocedimentale e conseguente inattitudine a dispiegare effetti pregiudizievoli per la posizione oppositiva dalla parte ricorrente dedotta in giudizio.

Quest'ultima, del resto, in sede di "controdeduzioni all'invito di pagamento del contributo unificato per motivi aggiunti" (depositate in giudizio il 10 ottobre 2013) ha espressamente ammesso che "i motivi aggiunti depositati in data 30.05.2013 ... sono stati proposti per puro scrupolo difensivo ed hanno ad oggetto un atto, o meglio un documento, che non ha valore provvedimento, non riveste autonoma portata lesiva, non altera in alcun modo il valore della controversia incardinata con il ricorso, né introduce domande nuove rispetto a quest'ultimo" (la sottolineatura è contenuta nello scritto di parte).

2. Dato, dunque, atto dell'inammissibilità dei (soli) motivi aggiunti da ultimo richiamati, va poi esaminata l'ulteriore eccezione in rito dispiegata dalla difesa dell'Azienda intimata, e relativa al terzo motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente ha impugnato la *lex specialis* di gara (bando, lettera invito, Capitolato speciale).

Assume ATAC, al riguardo, che siffatta contestazione sarebbe irricevibile, in quanto tardivamente proposta, atteso che la relativa impugnazione avrebbe dovuto essere, direttamente e tempestivamente, rivolta avverso il bando stesso: le cui clausole (relative alla valutazione dell'offerta tecnica asseritamente modulata su caratteristiche soggettive dei candidati, in luogo che con riferimento alla peculiarità dell'offerta medesima) avrebbero rivestito portata immediatamente lesiva.

Non si ha modo di condividere tale prospettazione.

Un onere di impugnazione immediata degli atti di indizione della gara viene, infatti, in considerazione qualora le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta.

Tale situazione si verifica, in particolare, qualora la legge di gara preveda disposizioni abnormi che rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; o, ancora, condizioni negoziali che

configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza ed imposizioni di obblighi *contra jus*; nonché nel caso in cui il bando non preveda i costi della sicurezza non soggetti a ribasso (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 28 novembre 2013 n. 1449).

Non devono, invece, essere immediatamente impugnate le clausole del bando (o della lettera di invito) che non incidono direttamente ed immediatamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla gara; e, dunque, non determinano, per lo stesso, un immediato – quanto irreversibile – arresto procedimentale.

Pertanto, l'onere dell'immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi di clausola, dotata solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove negativo per l'interessato.

Non si rivelano, pertanto, suscettibili di impugnazione immediata le clausole relative alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della Commissione giudicatrice; con la conseguenza che il termine per impugnare anche gli atti di gara non può che decorrere dalla conoscenza di tale provvedimento (cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. II, 4 novembre 2013 n. 9373; T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 settembre 2013 n. 1036).

I consolidati insegnamenti giurisprudenziali precedentemente riportati persuadono dell'infondatezza dell'eccezione all'esame.

La determinazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, nonché la previsione di una "soglia di sbarramento" (il cui mancato raggiungimento era suscettibile di precludere il prosieguo della procedura), per come previsti dalla *lex specialis*, hanno infatti consolidato un pregiudizio, in capo all'odierna ricorrente, soltanto all'esito del giudizio dalla Commissione di gara espresso con riferimento alle offerte stesse.

Alla carente rilevabilità di clausole e/o prescrizioni *ex se* escludenti, ovvero impeditive ai fini della presentazione delle offerte, accede l'esclusa configurazione di un onere di immediata impugnazione della stessa *lex specialis*: per l'effetto imponendosi la reiezione dell'eccezione in rito ora all'esame.

3. Perimetrato, alla stregua di quanto sopra osservato, l'oggetto del presente giudizio con riferimento alle doglianze dedotte con l'atto introduttivo (avverso l'esclusione) e con i secondi motivi aggiunti (presentati avverso l'aggiudicazione), viene dunque all'esame il merito delle censure articolate dalla parte ricorrente.

Va, in primo luogo, escluso che il provvedimento di esclusione sia inficiato per difetto di motivazione.

Con nota prot. n. 16458 del 1° febbraio 2013, infatti, la Stazione appaltante ha comunicato ad Intereco l'esclusione dalla gara, per tutti e tre i lotti nei quali quest'ultima era articolata, in quanto "l'offerta tecnica ... è carente degli indicatori richiesti nei sub-criteri di cui al punto 3.2.1 del capitolato tecnico ai fini della valutazione delle prestazioni ambientali, e pertanto, in sede di valutazione tecnica, non ha raggiunto la soglia minima prevista al punto 3.2.3 del capitolato medesimo".

La suindicata motivazione ben consente di ricostruire l'*iter* logico che ha consentito alla Commissione giudicatrice di pervenire alla formulazione del contestato giudizio: venendo in considerazione non già l'affermata presenza di generici elementi di inidoneità dell'offerta tecnica presentata da Intereco, quanto, piuttosto, la puntuale indicazione degli indicatori riguardanti i sub-criteri di valutazione di cui al punto 3.2.1 del capitolato tecnico.

Deve, conseguentemente, convenirsi sulla congruità dell'apparato motivazionale del gravato provvedimento di esclusione; dovendo rammentarsi, sul punto, il consolidato orientamento giurisprudenziale che ha reiteratamente ribadito come l'atto amministrativo debba recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l'adozione in relazione alle risultanze dell'istruttoria, con la conseguenza che sussiste il difetto di motivazione soltanto laddove non sia possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall'Autorità emanante e siano, conseguentemente, indecifrabili le ragioni sottese alla determinazione assunta.

Peraltro, l'obbligo per l'Autorità emanante di motivare il provvedimento amministrativo che adotta non può ritenersi violato qualora, anche a prescindere dal tenore letterale dell'atto finale, i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l'*iter* motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2012 n. 1907).

4. Escluso, alla stregua di quanto precedentemente osservato, che il provvedimento di esclusione sia inadeguatamente e/o insufficientemente motivato, l'indagine al Collegio rimessa transita necessariamente sulla verifica della correttezza del percorso logico che ha determinato, nella Commissione giudicatrice, il convincimento in ordine alla inidoneità dell'offerta tecnica presentata da Intereco al fine di soddisfare le prescrizioni del Capitolato speciale, come sopra indicate nel provvedimento di esclusione.

Tale verifica, è opportuno precisarlo, trova compiuto ambito espansivo anche a fronte di apprezzamenti connotati da discrezionalità tecnica, quali quelli propri della ponderazione delle offerte in sede di pubblica procedura selettiva.

È infatti noto che l'esercizio della discrezionalità tecnica da parte della Pubblica Amministrazione è sindacabile in sede giurisdizionale in quanto, pur incontrando i limiti oggettivi dell'opinabilità e relatività propri di ogni valutazione scientifica, nonché dell'impossibilità di sostituirsi all'Amministrazione, il giudice amministrativo non è per questo tenuto a limitare il proprio apprezzamento a un esame estrinseco della valutazione discrezionale, secondo i parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, dovendo invece l'oggetto del giudizio estendersi all'esatta valutazione del fatto, secondo i canoni della disciplina nella fattispecie applicabile.

In tale ottica – e in attuazione del principio di effettività della tutela delle situazioni soggettive protette, rilevante anche a livello comunitario e quale principio imposto dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – se è vero che il giudice non può sostituire all'apprezzamento opinabile della Amministrazione il proprio, ed altrettanto opinabile, apprezzamento, è anche vero che non può esimersi dal valutare, anche avvalendosi se del caso di idonea consulenza tecnica, l'eventuale erroneità del giudizio della P.A., ove tale erroneità sia in concreto valutabile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012 n. 1332).

4.1 Quanto sopra preliminarmente osservato, la valutazione operata dalla Commissione giudicatrice in ordine all'offerta tecnica di Intereco, parametrata sui criteri indicati nel capitolato speciale di gara, è indenne dai vizi esposti dalla ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio.

Soccorrono, al riguardo, le considerazioni contenute nella Relazione Tecnica relativa ai “criteri di attribuzione del punteggio valutazione tecnica – parte Valutazione delle prestazioni ambientali – Gara gestione rifiuti (lotti A, B e C)”, depositata da ATAC il 19 aprile 2013.

In essa, in particolare, si dà conto che la *lex specialis* ha suddiviso la valutazione tecnica delle offerte relative alla gara *de qua* in due distinte parti, riguardanti:

- la valutazione delle prestazioni ambientali (20 punti)
- e la tipologia dei mezzi utilizzati (10 punti).

Il paragrafo 3.2.1 del Capitolato speciale indica i criteri di valutazione delle prestazioni ambientali, attraverso l'enucleazione di specifici indicatori; e dettaglia sei sub-criteri per l'attribuzione del punteggio precedentemente indicato.

Il primo sub-criterio (Modalità di sorveglianza – tipologia di indicatori scelti), ovvero il criterio che la partecipante ha adottato per monitorare le *performance* ambientali, ha indotto, come leggesi nella Relazione in rassegna, i sub-criteri successivi, riguardanti:

- modalità di sorveglianza – frequenza della valutazione
- da quanto è stato implementato il sistema di controllo

- azioni di miglioramento
- andamento delle prestazioni (ultime due misurazioni)
- modalità di comunicazione agli *stakeholder*.

La stessa Relazione ha, poi, precisato come le modalità di monitoraggio delle prestazioni ambientali integrano un elemento fondamentale sia nel sistema di certificazione UNI EN ISO 14001 (versione 1996 e 2004), sia ai fini della registrazione EMAS III, di cui al Regolamento CE 1221/2009.

Quest'ultimo, in particolare, ha specificato (Allegato IV, lett. C), le seguenti caratteristiche generali degli indicatori:

- fornire una valutazione accurata delle prestazioni ambientali dell'organizzazione;
- essere comprensibili e privi di ambiguità;
- consentire la comparazione da un anno all'altro per valutare l'andamento delle prestazioni ambientali dell'organizzazione;
- consentire confronti con i parametri di riferimento a livello settoriale, nazionale o regionale;
- consentire, eventualmente, confronti con gli obblighi regolamentari.

Lo stesso regolamento, poi, ha specificato che ciascun indicatore (definito "chiave") si compone di:

- un dato A che indica il consumo/impatto totale annuo in un campo definito;
- un dato B che indica la produzione totale annua dell'organizzazione;
- un dato R che rappresenta il rapporto A/B.

Quanto all'esame dell'offerta tecnica presentata da Intereco, la stessa Relazione in rassegna osserva come quest'ultima abbia affermato di essere certificata ISO 14001; e di seguire, conseguentemente, la UNI EN ISO 14031:2000 quale modalità di sorveglianza delle prestazioni ambientali.

Nel rilevare come possano definirsi come indicatori:

- *assoluti*, quelli relativi all'aspetto/impatto monitorato nel tempo senza riferimento ad alcun elemento/servizio/prodotto che abbia generato quell'aspetto/impatto
- e *relativi*, quelli riguardanti l'aspetto/impatto monitorato nel tempo riferendolo all'elemento/servizio/prodotto che lo abbia generato

la relazione di che trattasi ha osservato come Intereco, nell'offerta tecnica, abbia dichiarato che le modalità di sorveglianza prendevano in considerazione i seguenti indicatori:

1. Km percorsi per ogni mezzo utilizzato
2. litri di gasolio consumato per ogni mezzo utilizzato
3. CO2 emesse/Km percorsi per ogni mezzo utilizzato
4. PM10 emesse/Km percorsi per ogni mezzo utilizzato
5. Km percorsi/tonnellate di rifiuti raccolti
6. Kg CO2 emesse /tonnellate di rifiuti raccolte.

Inoltre, nell'analisi ambientale iniziale, la stessa società ricorrente ha indicato:

1. Quantità totale dei rifiuti movimentati nell'anno 2009 divisi per codice CER
2. % tra rifiuti pericolosi e rifiuti non pericolosi movimentati nell'anno 2009;
3. % tra rifiuti destinati a smaltimento e a recupero movimentati nell'anno 2009;
4. kWh di energia elettrica consumata all'interno del sito FAT (2007-2009);
5. Gasolio per riscaldamento utilizzato all'interno del sito FAT (2007-2009);
6. Rifiuti "autoprodotti" nelle attività dell'anno 2009.

Nell'osservare come i punti 1, 2 e 3 non integrino la presenza di "indicatori", in quanto trattasi di parametri riferibili al solo anno 2009, nella Relazione viene, poi, rilevato che i punti 4 e 5 rappresentano indicatori di tipo "assoluto",

ancorché riferibili all'attività di un singolo impianto e non alla raccolta, ritiro e trasporto dei rifiuti.

Inoltre, anche nel dettaglio degli indicatori contenuti nella sezione “*performance* economica” e nella sezione “*performance* ambientale” del Bilancio di sostenibilità di Intereco, è stata rilevata la presenza di n. 7 indicatori assoluti e di n. 2 indicatori non riferibili all'oggetto della gara in questione.

Le conclusioni alle quali è pervenuta la Relazione all'esame evidenziano la mancanza di congruità tra gli indicatori indicati nell'offerta e gli indicatori contenuti negli allegati; nonché l'assenza di indicatore alcuno di tipo relativo.

Conseguentemente, è stata ritenuta non corretta “l'indicazione di Intereco Servizi di seguire la UNI EN ISO 14031:2000 quale modalità di sorveglianza delle proprie prestazioni ambientali e pertanto si è ritenuto di attribuire “0” punti ai sub-criteri:

1. Modalità di sorveglianza – tipologia di indicatori scelti (es. ISO 14031:2000 o EMAS III);
2. Modalità di sorveglianza: la frequenza di valutazione;
3. Da quanto è stato implementato il sistema di controllo;
4. Andamento delle prestazioni (ultime due misurazioni)”.

L'analiticità e la puntualità delle osservazioni condotte – come sopra riportate – consente di escludere che le censure *ex adverso* dedotte si prestino a condivisione.

Il percorso logico seguito – illustrato attraverso i criteri che ne hanno rappresentato i presupposti e le linee-guida dello svolgimento – non evidenzia, alla luce delle doglianze dalla parte ricorrente al riguardo proposte, profili di illegittimità suscettibili di condurre all'annullamento dell'esclusione di Intereco.

Ribaditi, ancora una volta, i limiti che connotano l'alveo di espansione del sindacato giurisdizionale di legittimità laddove la disamina si incentri, come nel caso in esame, sull'esercizio di un potere discrezionale marcatamente caratterizzato sotto il profilo tecnico, esclude il Collegio che la correttezza (sia sotto il profilo logico-conseguenziale; sia con riferimento ai presupposti al riguardo tenuti presenti) del ragionamento che ha condotto alla illustrata valutazione dell'offerta tecnica – per come apprezzabile alla luce della riportata congruità delle argomentazioni al riguardo offerte – sia suscettibile di essere infirmata in ragione delle argomentazioni esposte dalla parte ricorrente: le quali, pertanto, vanno disattese.

4.2 Né, sotto altro profilo, si presta a fondata critica la previsione di una “soglia di sbarramento” (nella fattispecie, rappresentata dal raggiungimento di un punteggio minimo, per l'offerta tecnica, pari a 18 dei 30 punti all'uopo riconoscibili).

La problematica inerente le cosiddette “soglie di sbarramento”, nell'ambito del sistema di aggiudicazione della gara con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, trova fondamento legislativo nell'art. 83, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163: il quale prevede che “il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano 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”.

È agevole desumere la volontà del legislatore di identificare siffatta soglia non con gli elementi di valutazione e/o con i criteri di ponderazione dell'offerta in senso stretto, ma di prevedere (alla stregua di una mera possibilità, riconosciuta alla P.A.), in relazione a ciascun elemento/criterio di valutazione e, precipuamente, all'elemento qualitativo dell'offerta, un *quantum* parametrico minimo, costituente il *discrimen*, al di sotto del quale l'offerta deve essere ritenuta inadeguata nel suo complesso.

L'*ratio legis* va quindi individuata nell'esigenza, strettamente inerente il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di garantire il miglior livello qualitativo delle offerte presentate, con conseguente esclusione di quelle offerte, che, pur potendo apparire convenienti sotto il profilo economico,

possano, però, essere a priori riconosciute come non conformi rispetto a determinati standard minimi già individuati, sul piano più generale, dalla *lex specialis*, allo scopo di evitare il rischio di lavorazioni inadeguate e di offerte, nel complesso, inaffidabili.

Del resto, l'esercizio di una facoltà discrezionale, riconosciuta all'Amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (alla stregua della quale ben può prevedersi l'esclusione dei progetti tecnicamente non accettabili), è connaturale al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che ha proprio la finalità di consentire la ponderazione di diversi elementi dell'offerta, con attribuzione di una "range" di punteggi, che può assegnare preminente importanza ad uno di essi, in relazione all'oggetto dell'appalto.

In quest'ottica, la previsione della cosiddetta "soglia di sbarramento" può essere ricondotta all'esigenza – in sé logicamente apprezzabile; e scevra da profili intrinsecamente inficianti – di consentire un esame preliminare dei progetti, finalizzato all'esclusione di quelli tecnicamente non accettabili, con conseguente concentrazione della scelta finale solo su quelli ritenuti idonei dal punto di vista qualitativo (*ex plurimis*: Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993 n. 754 e sez. V, 3 marzo 2004 n. 1040).

Alla stregua dei suindicati principi, ritiene il Collegio che, con riferimento al criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

- se può rivelare perplessa legittimità la previsione di una "soglia di sbarramento" fondata unicamente sull'elemento prezzo, in luogo che su uno o più aspetti dell'elemento qualitativo (in quanto ciò potrebbe comportare l'introduzione, in modo surrettizio, di una sorta di spuria "soglia di anomalia", peraltro in ipotesi non contemplate dalla legge e non assistite dalle garanzie procedurali di cui agli articoli 86 e seguenti del D.Lgs. 163/2006);

- diversamente, non si può escludere il potere della Commissione di fissare una soglia di sbarramento, vale a dire un punteggio minimo che le offerte devono raggiungere per l'aspetto tecnico-qualitativo, al di sotto della quale le offerte non saranno valutate: e ciò in quanto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non comporta che un'offerta qualitativamente scarsa debba essere comunque valutata sotto l'aspetto economico, trattandosi di aspetto rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione, che ha facoltà di dosare gli elementi di scelta dell'offerta in relazione alle esigenze da soddisfare nel rispetto del principio della parità di trattamento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2006 n. 6835).

5. Esclusa, alla stregua di quanto precedentemente osservato, la fondatezza del primo motivo di ricorso (omogeneamente sviluppato sia per quanto concerne l'atto introduttivo, che relativamente ai motivi aggiunti proposti avverso la conclusiva aggiudicazione), il secondo dei dedotti argomenti di doglianza è incentrato sull'affermata presenza – emersa nel corso della seduta pubblica del 6 dicembre 2012 – di irregolarità riguardanti le cauzioni provvisorie presentate dagli altri candidati, le quali si sarebbero dimostrate carenti della indicazione riguardante i necessari poteri di firma in capo al soggetto che ha rilasciato la garanzia.

Impregiudicata la fondatezza, in punto di fatto, del rilievo (in ordine al quale, va precisato, parte ricorrente non ha offerto obiettivi e dimostrati elementi di riscontro), va escluso che non soltanto irregolarità rilevabili nella presentazione della cauzione provvisoria, ma finanche la mancanza stessa di tale garanzia, possano determinare, per come sostenuto dalla ricorrente, l'esclusione dalla gara.

Anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011 n. 106), il cui art. 4, comma 2, lett. d), n. 2), ha introdotto il comma 1-bis nell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, la prevalente giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009 n. 3746) riteneva che la cauzione provvisoria, assolvendo la funzione di garantire la serietà dell'offerta, costituisse parte

integrante dell'offerta stessa e non elemento di corredo, sicché la mancata produzione della garanzia giustificava l'esclusione dalla gara.

A seguito della suindicata modificazione legislativa, la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493; T.A.R. Lazio, sez. II, 3 gennaio 2013 n. 16) ha chiarito che la disposizione dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici impone una interpretazione dell'art. 75, che valorizzi la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rende evidente "l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara".

In stretta coerenza con gli orientamenti come sopra maturati a seguito dell'introduzione del comma 1-bis all'art. 46 del Codice dei contratti, è stata ritenuta illegittima l'esclusione dalla gara d'appalto per mancanza, nella polizza fideiussoria presentata quale cauzione provvisoria, dell'autentica della firma notarile del legale rappresentante dell'istituto bancario o assicurativo, potendo tale formalità essere acquisita mediante l'ordinario rimedio della regolarizzazione postuma documentale (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 gennaio 2013 n. 212).

Le mende eventualmente rilevabili all'interno del documento di garanzia di che trattasi, dunque, integrano la presenza di mere irregolarità sanabili nel corso di gara: per l'effetto dovendo escludersi che irregolarità nelle quali siano – altrettanto eventualmente – incorse le altre partecipanti relativamente alla presentazione della cauzione provvisoria, potessero legittimamente indurre, per come dalla parte ricorrente prospettato, l'adozione di una determinazione espulsiva dalla procedura selettiva di che trattasi.

6. Sostiene poi parte ricorrente (terzo motivo di doglianza) che la stessa articolazione dei criteri (e sub-criteri) di valutazione delle offerte tecniche avrebbe determinato una indebita commistione fra requisiti soggettivi (rilevanti esclusivamente ai fini dell'ammissione alla procedura di gara) ed elementi suscettibili di considerazione ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Va osservato, in argomento, che, pur se costituisce principio generale regolatore delle gare d'appalto quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione (trovando tale principio il suo sostanziale supporto logico nella necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che attengono all'offerta e, quindi, all'aggiudicazione), nondimeno tale canone non può tuttavia ritenersi eluso, o violato, allorché gli aspetti organizzativi non sono destinati ad essere apprezzati in quanto tali, in modo avulso dall'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva, ma piuttosto quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate, come elemento cioè incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e quindi come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa (cfr. Cons. Stato: sez. V, 24 aprile 2013 n. 2282; sez. III, 18 giugno 2012 n. 3550; sez. VI, 4 ottobre 2011 n. 5434; sez. V, 8 settembre 2010 n. 6490).

Rientra, quindi, nella facoltà della Stazione appaltante la previsione, nel bando di gara, anche di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo: concementi, cioè la specifica attitudine del concorrente (anche sulla base di analoghe esperienze pregresse) a realizzare lo specifico progetto oggetto della selezione.

Siffatta previsione si dimostra legittima, nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta, tenendo presente che il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente deve avere un'applicazione per così dire "attenuata", alla luce del principio di proporzionalità e in relazione all'art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163: che, nel delineare i criteri di valutazione dell'offerta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che gli elementi di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quando ciò consenta di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento

degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano (dove l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un *facere*; e dove, pertanto, anche la pregressa esperienza del professionista che partecipa alla gara può essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica: cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4191).

Le condivisibili valutazioni in argomento come sopra rassegnate dalla giurisprudenza impongono di escludere giuridica condivisibilità alle argomentazioni dalla parte ricorrente dedotte con il motivo di ricorso in rassegna.

Le prescrizioni riguardanti la valutazione dell'offerta tecnica sono infatti, nella fattispecie all'esame, orientate alla valutazione della complessiva affidabilità sotto il profilo tecnico-professionale del partecipante in ragione della specificità del servizio al medesimo richiesto; e rivelano, per l'effetto, legittima attuabilità nel quadro della valutazione dell'offerta tecnica dal medesimo presentata.

7. La constatata infondatezza degli argomenti di censura articolati con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti successivamente proposti impone la reiezione del ricorso; alla quale accede la preclusa esaminabilità della pretesa risarcitoria dalla parte ricorrente fatta valere sotto i profili del risarcimento in forma specifica e per equivalente monetario.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- dichiara inammissibili i motivi aggiunti, depositati in giudizio dalla parte ricorrente il 30 maggio 2013 e rivolti avverso la relazione tecnica, depositata da ATAC S.p.A. in data 19 aprile 2013, giusta quanto in motivazione indicato sub 1.2;

- respinge, per la rimanente parte (atto introduttivo; motivi aggiunti depositati il 22 luglio 2013), il ricorso all'esame.

Condanna la ricorrente Intereco Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese di giudizio in favore di ATAC S.p.A. Azienda per la Mobilità e di N.I.ECO S.p.A., entrambi costituitesi in giudizio, in ragione di € 2.000,00 (Euro duemila/00) per ciascuna delle anzidette parti, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

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