

Con riferimento all'appalto di servizi, è ammissibile il punteggio premiale se non modifica la richiesta dalla stazione appaltante

(T.A.R. Lombardia, sez. IV, sent. 12 giugno 2019, n. 1327)

Nella sentenza in epigrafe i giudici amministrativi meneghini hanno statuito che il Codice dei contratti pubblici limita il divieto di prevedere un punteggio premiale per l'offerta di prestazioni aggiuntive da rendere gratuitamente agli appalti di lavori e che vada a modificare la richiesta della stazione appaltante.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2939 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Carmelo Tafuri, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale del T.A.R., in Milano, via F. Corridoni n. 39, e domicilio digitale presso l'indirizzo pec gaetano.tafuri@pec.ordineavvocaticatania.it;

contro

FNM S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, via P. Sottocorno n. 33; Ferrovienord S.p.A., non costituita in giudizio; Nord Energia S.P.A., non costituita in giudizio;

nei confronti

Meranese Servizi S.p.A., non costituita in giudizio; B&B Service Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, piazzetta U. Giordano n. 4;

Quanto al ricorso principale:

per l'annullamento

- del bando di gara / avviso di selezione non strumentale del 13 Giugno 2018, proc. n° 464/2018, riguardante l'aggiudicazione del servizio di pulizie nei fabbricati adibiti ad uffici ed aule di formazione nell'area di Milano Cadorna;
 - del disciplinare e della lex specialis di gara, in parte qua, ossia in ordine alla divisione e ponderazione dei punteggi tecnici ed economici, di cui infra, e laddove se ne imponeva l'incondizionata accettazione, con tutta la procedura e il relativo procedimento;
 - del chiarimento sub 14 fornito in gara;
- occorrendo, avverso la graduatoria ed il provvedimento di aggiudicazione provvisoria; gli atti presupposti, consequenziali e connessi.

Quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato da N.S.I. Nigra Servizi Italia società cooperativa in data 22 marzo 2019:

oltre che degli atti già impugnati,

- della graduatoria e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
 - della delibera d'indizione della gara del 15/16 maggio 2018, in parte qua, occorrendo, con la richiamata nota del 7 maggio 2018 e con il richiamato Regolamento per acquisti non strumentali del 26 aprile 2017;
 - del provvedimento di aggiudicazione definitiva, di cui alla nota prot. n° 227 del 6 febbraio 2019 e relativa relazione del RUP del 1° febbraio 2019, decretato in favore della controinteressata, comunicato con nota prot. n° 228 del 6/7 febbraio 2019 e di questa stessa nota;
 - dei verbali di gara, pubblici e riservati (numerati da 1 a 21);
 - di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi;
- e per la declaratoria
di illegittimità, inefficacia e/o annullamento del relativo contratto di appalto, qualora già stipulato.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di FNM S.p.A. e di B&B Service Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2019 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società FNM S.p.A., in proprio, nonché, quale capogruppo, nell'interesse delle società Ferrovienord S.p.A. e Nord Energia S.p.A., ha indetto una gara per individuare l'operatore economico con il quale stipulare il contratto di appalto triennale del servizio di pulizia dei «fabbricati adibiti ad uffici ed aule di formazione nell'area di Milano Cadorna».

Il criterio di aggiudicazione scelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella quale l'offerta tecnica vale 60 punti e l'offerta economica 40 punti.

All'esito del confronto concorrenziale è risultata prima la B&B Service società cooperativa.

2. La Nigra Servizi Italia – NSI società cooperativa, quinta classificata, contesta la legge di gara (ricorso principale) e l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata (ricorso per motivi aggiunti), chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, per i seguenti motivi di illegittimità:

(a) violazione dell'articolo 95, commi 3 e 10 bis, D.Lgs. n. 50/2016 (nella formulazione applicabile *ratione temporis*), perché all'offerta economica potevano al massimo essere riconosciuti 30 punti (anziché 40), e, specularmente, all'offerta tecnica dovevano essere riconosciuti non meno di 70 punti (anziché 60);

(b) violazione dell'articolo 95, comma 14 bis, D.Lgs. n. 50/2016, perché non poteva essere attribuito un punteggio premiale per l'offerta di prestazioni ulteriori – rispetto a quelle prescritte dal capitolato – da rendere gratuitamente;

(c) mancata previsione di buste separate per gli elementi dell'offerta tecnica a valutazione automatica e quelli a valutazione discrezionale, di modo da evitare che la conoscenza dei primi potesse influenzare il giudizio sui secondi.

2. Si sono costituite in giudizio sia la società FNM S.p.A., sia la cooperativa B&B Service, tutte e due con atti di mera forma, seguiti da successive memorie difensive.

Entrambi i contraddittori hanno pregiudizialmente eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice adito a favore del Giudice ordinario, per non essere la stazione appaltante obbligatoriamente assoggettata alla disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016.

E' stata, altresì, eccepita l'inammissibilità dei ricorsi per mancato superamento della prova di resistenza, dal momento che la ricorrente si è classificata quinta e la controinteressata ha ottenuto un punteggio superiore sia nell'offerta tecnica che in quella economica, nonché la tardività della censura sub (c), perché dedotta solamente nel ricorso per motivi aggiunti.

3. Replica con memoria NSI società cooperativa, insistendo sulle proprie tesi.

4. Rinunciata da parte della ricorrente la domanda cautelare, alla pubblica udienza del 18 aprile 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

6.1.1. Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico della questione della giurisdizione.

Ai sensi del combinato disposto degli articoli 7 e 133 Cod. proc. amm. spetta al Giudice amministrativo pronunciarsi sulle controversie «relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale [...]».

6.1.2. Peraltro, deve trattarsi di procedure di scelta obbligatoriamente e non volontariamente assoggettate alle regole dell'evidenza pubblica, pena la violazione del principio costituzionale del Giudice naturale precostituito per legge (cfr., C.d.S., Ad. pl., sentenza n. 11/2016). Non può, infatti, consentirsi al committente di scegliere il Giudice che deciderà delle eventuali controversie che dovessero generarsi dalla scelta del contraente, autovincolandosi al rispetto di una disciplina dettata per altra tipologia di contraenti.

6.1.3. Orbene, ai sensi dell'articolo 1 D.Lgs. n. 50/2016, la disciplina contenuta nel cd. Codice dei contratti pubblici (in particolare, quella relativa alla scelta del contraente) si applica ai contratti conclusi dalle Amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri Enti aggiudicatori, intendendosi per tali

– fra gli altri – gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche, così come definiti all'articolo 3 del medesimo testo normativo.

6.2. Occorre, quindi, verificare se la società FNM S.p.A. (che all'evidenza non è una pubblica Amministrazione) sia qualificabile come organismo di diritto pubblico ovvero, in subordine, come impresa pubblica e, in questo secondo caso, se l'oggetto del servizio possa essere fatto rientrare nell'ambito dei cd. settori speciali, perché solo così l'appalto per cui è causa sarebbe obbligatoriamente regolato dal D.Lgs. n. 50/2016 e la presente controversia sarebbe assoggettata alla giurisdizione di questo Giudice amministrativo (cfr. *ultra sub* § 6.4.1.).

6.3.1. Ora, a norma dell'articolo 3, comma 1, lettera d), D.Lgs. n. 50/2016, costituisce organismo di diritto pubblico qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria, che (1) sia «istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale», (2) sia «dotato di personalità giuridica», (3) svolga attività «finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

Trattasi di requisiti che devono sussistere cumulativamente, con la conseguenza che la mancanza anche di uno solo di essi non consente di qualificare il committente come organismo di diritto pubblico (cfr., C.G.U.E., Sezione IV, 5 ottobre 2017, in causa C-567/15).

6.3.2. Nel caso di specie non è in contestazione la sussistenza dei requisiti sub (2) e sub (3): FNM S.p.A. è, per la forma societaria assunta, ente dotato di personalità giuridica; il suo capitale sociale è detenuto in misura maggioritaria, pari al 57,574%, dalla Regione Lombardia (vedi p. 1 memoria di B&B Service Soc. Coop. depositata il 2.04.2019), che, dunque, a norma di Statuto la controlla (vedi doc. 6 fascicolo di B&B Service Soc. Coop.).

E', invece, controversa la sussistenza del cd. requisito teleologico, ovvero se la società sia o meno stata costituita per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

Parte resistente e la controinteressata giungono a una conclusione negativa sulla base dei seguenti elementi: FNM S.p.A. è una società per azioni quotata alla borsa valori di Milano, non è direttamente concessionaria del servizio opera di trasporto di persone su rotaie, il quale è comunque un settore in cui vi è concorrenza tra imprese, distribuisce utili ai soci al termine di ogni esercizio sociale senza che, da Statuto, sia neppure astrattamente concepita la possibilità di reinvestirli per migliorare il servizio a favore della collettività.

6.3.3. A ben vedere si tratta, tuttavia, di una conclusione non condivisibile.

Invero, coerentemente con la nozione sostanzialistica amministrazione elaborata del diritto eurounitario, nel cui ambito è stata sviluppata la figura di organismo di diritto pubblico, i suddetti requisiti (in particolare quello teleologico) vanno interpretati in senso funzionalistico (cfr., Cass., S.U., sentenza n. 8637/2019).

In questa ottica, la circostanza che FNM S.p.A. sia la capogruppo e non svolga direttamente l'attività di trasporto pubblico non assume rilievo per un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, in generale, la strutturazione in holding non deve consentire di eludere la disciplina interna ed eurounitaria a tutela della concorrenza.

In secondo luogo, nel caso di specie FNM S.p.A. agisce come centrale di committenza, avendo bandito la selezione non solamente nel proprio interesse, ma anche di quello di Nord Energia S.p.A. (v. doc. 2 fascicolo di parte ricorrente) e di Ferrovienord S.p.A., la quale, controllata al 100% da FNM S.p.A., svolge l'attività di gestione e manutenzione dell'infrastruttura ferroviaria, garantendo la sicurezza della circolazione dei treni.

D'altro canto, il fatto che il committente operi in un mercato concorrenziale e debba soggiacere alle regole del mercato e al correlato rischio d'impresa non è di per sé dirimente (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 858/2018; Cass., S.U., sentenza n. 8637/2019 cit.), assumendo piuttosto rilievo il fatto che Ferrovienord S.p.A. persegue un interesse che non è proprio solamente dei soci, bensì della intera collettività quale quello della sicurezza del trasporto pubblico ferroviario, la quale non risponde necessariamente a logiche squisitamente aziendalistiche.

6.3.4. In conclusione, FNM S.p.A. costituisce un organismo di diritto pubblico, almeno per le procedure svolte nell'interesse di Ferrovienord S.p.A. – come in specie - e i relativi appalti di lavori, forniture e servizi sono disciplinati dal D.Lgs. n. 50/2016 e le relative controversie sono assoggettate alla giurisdizione amministrativa.

6.4.1. Peraltro, per mero scrupolo, va osservato che contrariamente a quanto sostenuto dalla resistente e dalla controinteressata, all'affermazione della giurisdizione di questo plesso giurisdizionale dovrebbe necessariamente giungersi anche volendo seguire la tesi per cui FNM S.p.A. non è un organismo di diritto pubblico, bensì un'impresa pubblica.

6.4.2. Invero, a norma dell'articolo 3, comma 1, lettera t), D.Lgs. n. 50/2016, le imprese pubbliche sono quelle «sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

6.4.3. Sulla sussistenza dei suvvisi requisiti normativi in capo alla società FNM S.p.A. non vi è contestazione.

Vi è, invece, contestazione sulla natura dell'appalto per cui è causa, posto che, come già osservato, ai sensi dell'articolo 114 D.Lgs. n. 50/2016 le imprese pubbliche sono tenute all'osservanza del cd. Codice di contratti pubblici solamente se il contratto rientra nell'ambito dei cd. settori speciali, tra i quali, per l'appunto, vi sono anche i servizi di trasporto, di cui all'art. 118 del ripetuto D.Lgs. n. 50/2016.

Invero, la giurisprudenza predilige un'accezione ragionevolmente restrittiva del concetto, ritenendo che rientrino nel perimetro dei settori speciali solamente gli appalti strumentali, solamente cioè quelli finalizzati agli scopi propri ("core business") dell'attività speciale (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 590/2018).

Secondo la resistente e la controinteressata avrebbe natura strumentale l'appalto di pulizia della infrastruttura ferroviaria, ivi comprese le stazioni, ma non anche quello qui in discussione, che riguarda immobili ad altro destinati.

Si tratta, ancora una volta, di una conclusione non condivisibile.

Come emerge dalla documentazione di gara (vedi doc. 4 fascicolo di parte ricorrente; doc. 2 fascicolo parte resistente), oggetto del servizio di pulizia sono uffici, archivi, aule corsi, magazzini, bagni. In tutti questi, ancorché destinati al personale amministrativo, vengono svolte, direttamente (uffici) o accessoriamente (archivi, magazzini, bagni) o indirettamente (aule corsi per la formazione del personale) attività imprescindibili per poter rendere il servizio pubblico di trasporto: ne costituisce esempio, in tal senso, che tra gli immobili interessati è la "Palazzina movimento", nella quale sono ubicati, tra gli altri, gli uffici del Capo Stazione e del Capo Stazione aggiunto, la sala Banco A.C.E.I. - Apparato Centrale Elettrico a Itinerari (che, secondo quanto affermato dal ricorrente e non contestato, comanda in via centralizzata i segnali ed i deviatori ferroviari), gli Uffici movimento (che, sempre secondo quanto affermato dal ricorrente e non contestato, regola la circolazione ed il transito dei mezzi, l'organizzazione e la turnazione degli addetti, i tempi e le linee ferroviarie).

La pulizia di tali ambienti è quindi strumentale, nel senso sopra indicato; e l'appalto di pulizia soggiace alla disciplina dell'evidenza pubblica.

7.1. Affermata la propria giurisdizione, il Collegio deve farsi carico dell'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, legata al fatto che la ricorrente si è classificata quinta, che la controinteressata la ha sopravanzata nel punteggio sia in relazione all'offerta tecnica, sia in relazione all'offerta economica, e che NSI soc. coop. non ha dimostrato (cd. prova di resistenza) che una diversa disciplina di gara le avrebbe consentito di conseguire il bene della vita (i.e., l'aggiudicazione dell'appalto).

7.2. L'eccezione è infondata.

Le censure dedotte dalla ricorrente sono volte a travolgere l'intera gara e a tutelare conseguentemente l'interesse strumentale alla riedizione della stessa. In tale ipotesi, il ricorrente non è tenuto a fornire alcuna prova di resistenza (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. III, sentenza n. 2258/2018).

8.1. Passando al merito, il primo motivo di ricorso è fondato.

La legge di gara viola palesemente la prescrizione del comma 10-bis dell'articolo 95 del D.Lgs. n. 50/2016 (nella formulazione applicabile *ratione temporis*), che, per quanto visto in precedenza, doveva essere rispettata dalla stazione appaltante. All'offerta economica non potevano essere riconosciuti più di 30 punti, la legge di gara illegittimamente ne riconosce 40.

8.2. E', di contro, infondato il secondo motivo di ricorso.

Il comma 14-bis del precitato articolo 95 D.Lgs. n. 50/2016 per come formulato, limita il divieto di prevedere un punteggio premiale per l'offerta di prestazioni aggiuntive da rendere gratuitamente agli appalti di lavori (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. I, sentenza n. 105/2018). La disposizione parla testualmente di "opere aggiuntive" e di "progetto esecutivo a base d'asta": elementi questi incompatibili con la struttura di un appalto di servizi quale quello oggetto di causa.

8.3. E' parimenti infondato il terzo motivo di ricorso.

Preliminarmente va osservato che, contrariamente a quanto eccepito dalla difesa della resistente, la doglianza non è tardiva, perché tempestivamente sollevata contro l'atto conclusivo del procedimento. D'altro canto, la previsione della *lex specialis* censurata non era impeditiva della formulazione di un'offerta e come tale non era suscettibile di autonoma e immeditata impugnazione (cfr., C.d.S., Ad. pl. n. 4/2018).

Invero, l'esigenza di preservare la genuinità della valutazione delle offerte tecniche da possibili condizionamenti derivanti dalla conoscenza delle offerte economiche impone che le offerte economiche siano poste in una busta separata debitamente sigillata e che la valutazione delle offerte tecniche preceda quella delle offerte economiche (cfr., C.d.S., Sez. V. sentenza n. 1864/2017). Orbene, entrambe le condizioni, secondo quanto emerge documentalmente (vedi docc. 11 e 12 fascicolo di parte resistente), risultano essere state rispettate nel caso in esame, a garanzia della trasparenza e imparzialità dell'azione della Commissione giudicatrice (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 5392/2017). 9. In conclusione, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono fondati e per questo vengono accolti: per l'effetto sono annullati gli atti impugnati.

Non si fa luogo a declaratoria di inefficacia del contratto, perché non consta sia stato stipulato.

La complessità delle questioni sottoposte al vaglio di questo Giudice giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

