N. 06907/2019REG.PROV.COLL.
N. 00880/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 880 del 2019, proposto da Pianelli s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Fortunato e Dario Gioia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Atlas I.F.M. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Vecchione e Alberto Cinquegrana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 01629/2018, resa tra le parti;

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e di Atlas I.F.M. S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale della società Atlas;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2019 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Fortunato, dello Stato Natale e Vecchione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Pianelli s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 19 dicembre 2018, n. 1629 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. II, che ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile il suo ricorso avverso il provvedimento in data 30 aprile 2018 del Comando Forze operative Sud-Direzione di Intendenza, sede di Napoli, recante l'aggiudicazione della procedura ristretta per l'affidamento della concessione alla società consortile Atlas Service Management s.r.l. dei multiservizi da erogare presso lo stabilimento balneare militare di Fesca (Bari) per la stagione estiva degli anni 2018-2021.

All'esito del procedimento di gara è risultata aggiudicataria la società Atlas con punti 83,88976419, mentre la Pianelli seconda con punti 77,43214863

2. - Con il ricorso in primo grado la società Pianelli, premesso che tra la prima e la seconda graduata sussiste una differenza di punteggio di circa 6,45, ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione, deducendo l'illegittima attribuzione ad Atlas di sei punti per il *rating* di legalità (non avendo il bando di gara previsto misure di compensazione per le piccole imprese), la mancata attribuzione in suo

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT

favore di 2,5 punti per le certificazioni di qualità possedute, ed, al contrario, l'illegittima attribuzione di tale punteggio ad Atlas.

3. - La sentenza appellata ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso, in quanto, accolto il secondo motivo concernente la mancata attribuzione di 2,5 punti alla Pianelli s.r.l., e respinto il terzo (volto alla sottrazione di analogo punteggio attribuito alla società Atlas), ha ritenuto non sussistere l'interesse alla decisione sul primo motivo, nella considerazione che, ove anche fondato (con conseguente sottrazione di sei punti all'aggiudicataria), residuerebbe lo scarto di 0,45 punti tra le due posizioni per effetto della reciproca elisione del punteggio conseguente all'accoglimento del secondo ed alla reiezione del terzo motivo.

4.- Con il ricorso in appello la società Pianelli ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, nella considerazione che, per effetto dell'accoglimento del secondo motivo, lo scarto tra i due concorrenti non è più di punti 6,45, ma di 3,95, con conseguente interesse all'esame del primo mezzo, avente ad oggetto l'attribuzione di sei punti per il *rating* di legalità. Ed infatti la reiezione del terzo motivo non comporta la sottrazione di punti 2,5 già attribuiti ad Atlas, con conseguente interesse alla decisione del primo motivo, mediante il quale è contestata l'illegittimità dell'art. 10.1 della lettera di invito nella parte in cui ha previsto la valutazione del *rating* di legalità con l'attribuzione fino a sei punti, in assenza della contestuale previsione di misure di compensazione per le imprese prive del relativo fatturato, in violazione dell'art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016.

5. - Si è costituita in resistenza la Atlas I.F.M. s.r.l. riproponendo le difese ed eccezioni preliminari assorbite in primo grado in relazione al primo motivo di ricorso, ed esperendo al contempo appello incidentale in relazione alla statuizione che ha riconosciuto alla società Pianelli punti 2,5 per le certificazioni di qualità

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT

prodotte, inerenti alla "gestione di servizi di stabilimento balneare con annessa attività di bar e ristorazione".

6. - Si è altresì costituito in resistenza il Ministero della Difesa chiedendo la reiezione dell'appello principale e l'accoglimento di quello incidentale.

7. - All'udienza pubblica del 23 maggio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Principiando, per economia di giudizio, dalla disamina dell'appello incidentale della Atlas I.F.M. s.r.l., giova ricordare che con il medesimo viene contestata la statuizione di primo grado che ha riconosciuto alla società Pianelli 2,5 punti per le certificazioni di qualità prodotte, anzitutto lamentando la carenza di istruttoria e di motivazione. Allega l'appellante incidentale che la società Pianelli ha prodotto certificazioni riportanti i codici identificativi EA 30 ed EA 39, inerenti la "gestione dei servizi di stabilimenti balneari con annessi attività di bar e ristorazione", non rilevanti anche per il distinto settore della pulizia, che reca il codice EA 35, non posseduto dalla Pianelli. Deduce l'appellante incidentale che il servizio di pulizia va oltre il bar ed il ristorante nell'ambito dello stabilimento balneare, inerendo superfici maggiori (superiori a 20.000 mq.), quali desumibili dal paragrafo 2 dell'annesso 9 del capitolato tecnico, implicanti l'attivazione dell'oggetto sociale del servizio di pulizia; quanto al criterio ambientale, assume poi che il codice EA39 non sia rilevante, in tale prospettiva occorrendo considerare solo i codici EA 30 ed EA35.

L'appello incidentale è infondato, potendosi dunque prescindere dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità svolta dalla Pianelli s.r.l.

La lettera di invito, con riguardo al "servizio di pulizia", chiedeva invero "il possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2015", connettendovi l'attribuzione di punti 1,5.

Tale certificazione di qualità è incontestatamente posseduta dalla società Pianelli, con la conseguenza che detto punteggio doveva esserle attribuito. Del resto, la certificazione di qualità riguarda tutti i servizi di gestione dello stabilimento balneare, e dunque anche il connesso servizio di pulizia.

Per quanto concerne poi la certificazione di qualità per i criteri ambientali, la lettera invito, sempre nella tabella *sub* "C", attribuisce un punto per il "possesso di certificazione ISO 14001 o registrazione EMAS"; anche in tale prospettiva è incontestato che la Pianelli sia in possesso della certificazione UNI EN ISO 14001: 2015 (sistema di gestione ambientale), con codice attività EA30 (alberghi e ristoranti) e 39 (altri servizi sociali).

Conseguentemente la sentenza di prime cure ha condivisibilmente riconosciuto che alla società Pianelli spettassero punti 1,5+1, per un totale di 2,5 punti, precisando che si tratta di certificazioni relative alla gestione dei servizi di stabilimento balneare, con portata e dimensione maggiore rispetto alla gestione dello stabilimento balneare in senso stretto.

Giova aggiungere, sul piano dell'interpretazione sistematica, che oggetto della concessione è la gestione dei servizi da erogare presso lo stabilimento balneare militare di Fesca, e non dunque il servizio di pulizia; ne consegue, anche in questa prospettiva, che il servizio di pulizia è ricompreso nell'ambito di quello principale di gestione dello stabilimento balneare; ulteriore corollario di ciò è che, in forza dell'argomento dell'inclusione, non era necessaria alcuna specifica attivazione di questo oggetto sociale.

Tale soluzione trova conferma nella previsione dell'art. 28 del capitolato tecnico, dal quale bene si evince che il servizio di pulizia è compreso nella gestione dello stabilimento balneare («*Il "servizio di pulizia" si sostanzia nell'attendere alle operazioni di pulizia e riassetto della cucina, dei locali destinati al servizio mensa e bar nonché tutti i restanti locali e pertinenze, ivi compresi i servizi igienici e le cabine che dovranno costantemente essere in*

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT

un perfetto stato di pulizia al fine di preservare l'elevato livello di immagine della struttura. (cfr. "Annesso 9")».

Può dunque ritenersi che le certificazioni prodotte dalla società Pianelli (UNI EN ISO 9001:2015 ed UNI EN ISO 14001:2015) siano specifiche per le attività e per tutti i servizi oggetto di gara, principali ed accessori.

2. - Procedendo ora alla disamina dell'appello principale, va accolto il primo motivo con il quale la Pianelli s.r.l. censura, in ultima analisi, la pronuncia di improcedibilità motivata nella considerazione che la riconosciuta debenza del punteggio per le certificazioni di qualità ad entrambe le concorrenti fa sì che rimanga fermo il differenziale di 6,45 punti.

Ed infatti, mentre il punteggio a tale titolo è stato riconosciuto alla Atlas dalla stazione appaltante, l'appellante ne ha avuto l'attribuzione in sede giurisdizionale, e soltanto per effetto della sentenza le vanno attribuiti punti 2,5. Conseguentemente, il differenziale di punteggio tra le due concorrenti non è più 6,45, ma 3,95 (pari a 6,45-2,5).

Il motivo avverso l'attribuzione del punteggio per il *rating* di legalità non è dunque privo di interesse per l'odierna appellante, come dimostra un'agevole prova di resistenza, comportando già di per sè una riforma della statuizione di primo grado.

3. - Con il secondo motivo dell'appello principale viene dunque riproposto il primo motivo di primo grado, rivolto a censurare l'art. 10.1 (non già 6.1) della lettera di invito, che riconosce fino a sei punti per il possesso del *rating* di legalità (attribuiti all'aggiudicataria), dimostrato attraverso il certificato rilasciato dall'A.G.C.M., senza prevedere alcuna misura di compensazione, in violazione dell'art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016, come interpretato anche dall'A.N.A.C. con le linee guida n. 2, di cui alla delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, che lo ammette per le imprese iscritte al registro da almeno due anni e con un fatturato pari ad almeno due milioni di euro, richiedendo al contempo la

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT

previsione, già nella *lex specialis*, del riconoscimento compensativo di elementi presenti nel *rating* di legalità per i soggetti che a questo non possono accedere. Allega l'appellante che nella fattispecie in esame non poteva essere prevista la premialità per il *rating* di legalità, in quanto la lettera di invito, all'art. 6, chiedeva la dimostrazione di un "fatturato annuo medio dell'ultimo triennio, realizzato nei settori oggetto della gara, non inferiore ad euro 1.000.000,00".

Il motivo è fondato.

3.1. - Va peraltro anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità, svolta da Atlas s.r.l., del motivo in relazione alla tardiva impugnazione della clausola in questione della lettera di invito, solo unitamente al provvedimento di aggiudicazione.

E' invero sufficiente ricordare al riguardo la ormai consolidata giurisprudenza alla stregua della quale le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il suo interesse alla procedura (in termini, per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4).

L'art. 10.1 della lettera di invito è sicuramente una clausola non escludente, finalizzata solamente a riconoscere un punteggio premiale; l'evidenza è data dal fatto che l'appellante principale ha partecipato alla procedura ed è risultata seconda graduata.

3.2. - Ciò premesso, nonostante la complessità dell'art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016, che persegue comunque l'obiettivo dichiarato di coniugare al criterio premiale del *rating* di legalità quello di agevolare la partecipazione delle microimprese, delle piccole e medie imprese, va rilevato che, ai sensi dell'art. 5-*ter* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, il *rating* di legalità può essere richiesto solamente dalle imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro. Di qui la previsione

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT

del richiamato art. 95, comma 13, di contemplare al contempo criteri per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, nonché per i giovani professionisti e le imprese di nuova costituzione. In tale contesto legislativo sono intervenute le Linee guida n. 2 dell'A.N.A.C., che hanno evidenziato come «*a meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il rating, è opportuno che, per il suo utilizzo, vangano introdotte compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, consentendo a tali imprese di comprovare altrimenti la sussistenza delle condizioni o l'impiego delle misure previste per l'attribuzione del rating*».

Nella fattispecie in esame, caratterizzata da una *lex specialis* che ammette la partecipazione di imprese con un fatturato non inferiore ad un milione di euro, nessuna misura compensativa è stata prevista.

Il che appare al Collegio illegittimo, trattandosi di una lettera invito (facente semplicemente rinvio al *rating* di legalità, senza alcuna indicazione che tenga conto delle imprese di nuova costituzione, come pure delle imprese estere) non conforme al disposto dell'art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ne consegue che, in accoglimento dello scrutinato motivo, deve essere annullata, *in parte qua*, la lettera di invito, e, per l'effetto, anche l'aggiudicazione ad Atlas, che si è vista attribuire i sei punti per il *rating* di legalità.

4. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello incidentale va respinto, mentre va accolto l'appello principale, e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento degli atti impugnati, nei sensi di cui in motivazione.

La novità e complessità delle questioni trattate integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello incidentale ed accoglie l'appello principale, e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Compensa tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Stefano Fantini	**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT