



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 626 del 2018, proposto da:  
Fabbro S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Meazza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi 87;

***contro***

Azienda Socio Sanitaria Territoriale – ASST Fatebenefratelli Sacco, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Carnevale, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Spinella in Roma, via dei Dardanelli n. 46;

***nei confronti***

Ge.Ri S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV n. 02337/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del servizio bar e rivendita giornali all'interno del presidio ospedaliero "Vittore Buzzi" di Milano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ge.Ri S.r.l. e di Asst Fatebenefratelli Sacco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Gianfranco Meazza, Sergio Carnevale, Andrea Manzi e Jacopo Emilio Paolo Recla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale "Fatebenefratelli Sacco" di Milano ("ASST") ha indetto una gara d'appalto con procedura aperta per la gestione di taluni servizi, fra cui - con riguardo al lotto n. 2, l'unico qui di interesse - la gestione del servizio bar e rivendita giornali posto all'interno del presidio ospedaliero "Vittore Buzzi" di Milano.

L'aggiudicazione avrebbe dovuto seguire il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 60 punti all'offerta economica e di 40 punti alla qualità del servizio.

Ai fini dell'ammissione alla fase di valutazione dell'offerta economica, era necessario conseguire un punteggio qualitativo minimo di 21 punti su 40.

2. La società Ge.Ri S.r.l. ha presentato offerta per il succitato lotto n. 2, ma non è stata ammessa alla prosecuzione della gara a causa del mancato raggiungimento della soglia minima di 21/40 punti.

3. La società ha quindi impugnato il provvedimento di esclusione, unitamente ad altri atti di gara, estendendo poi l'impugnativa, con un primo ricorso per motivi di aggiunti, nei confronti del provvedimento di aggiudicazione nel frattempo intervenuto in favore della società Fabbro S.p.a. (con determinazione del direttore generale dell'Azienda n. 394 del 27.4.2017).

Un secondo ricorso per motivi aggiunti è stato poi proposto contro i medesimi provvedimenti in precedenza gravati, a seguito dell'accesso di Ge.Ri a tutti i documenti di gara richiesti all'ASST e da quest'ultima rilasciati.

4. Nel contraddittorio con l'ASST e Fabbro S.p.a., il Tar Milano ha accolto il ricorso, con la sentenza n. 2337/2017, a tal fine delibando positivamente la censura con la quale erano state stigmatizzate l'eccessiva genericità o comunque la non sufficiente determinatezza e univocità dei quattro parametri per l'attribuzione del complessivo punteggio tecnico di 40 punti (la cui descrizione è contenuta nella tabella compresa nell'art. 11 del disciplinare).

Da tale iniziale constatazione il Tar ha ricavato la conclusione che, a fronte di parametri valutativi implicanti un significativo margine di libertà nella elaborazione delle proposte tecniche di gestione del servizio e un altrettanto margine di discrezionalità valutativa da parte dei Commissari, l'attribuzione del punteggio qualitativo non potesse essere effettuata con un semplice dato numerico senza altro aggiungere, stante la sostanziale impossibilità che ne sarebbe derivata di comprendere le ragioni della preferenza accordata ad un progetto tecnico rispetto da un altro.

5. La pronuncia è stata appellata nella presente sede da Fabbro S.p.a., sulla base dei seguenti rilievi critici:

I) il giudice di primo grado avrebbe impropriamente sovrapposto il concetto di elasticità dei criteri di valutazione (funzionale al legittimo perseguimento da parte della stazione appaltante di soluzioni innovative e qualitativamente migliorative) con quello di genericità e indeterminatezza. Nondimeno, i citati criteri *“presentano una sufficiente griglia di perimetrazione e rappresentano già un significativo strumento di indirizzo della discrezionalità tecnica attribuita alla Commissione di gara”*, sicché in relazione agli stessi il metodo del confronto a coppie risulta del tutto praticabile mediante la mera attribuzione di un punteggio numerico privo di motivazione letterale. E' dunque infondata la censura erroneamente accolta dal Tar, riferita alla lamentata attribuzione dei punteggi numerici senza motivazione letterale;

II) la differente modalità di valutazione intercorsa tra il lotto 1 e 2 deriva dal fatto che nel primo le offerte erano due, sicché in relazione alle stesse non poteva trovare applicazione il metodo del confronto a coppie (per mancanza di coppie) ma si rendeva necessario l'impiego di motivazioni letterali; analoga esigenza non si è posta per il lotto 2, nel quale le offerte erano sei e i plurimi confronti incrociati hanno consentito il ricorso alla motivazione meramente numerica;

III) per il lotto 2 sarebbe stato praticamente impossibile fornire, nel metodo di valutazione del confronto a coppie, una motivazione di tipo letterale dei giudizi espressi con riguardo ai diversi parametri, in quanto sarebbero state necessarie 180 motivazioni letterali complessive.

6. La ASST Fatebenefratelli Sacco e la Ge.Ri. S.r.l. si sono ritualmente costituite in giudizio, opponendosi alle deduzioni avversarie e chiedendone il rigetto.

La Ge.Ri., con memoria del 13.2.2018, ha inoltre riproposto ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a. le domande avanzate nel giudizio di primo grado e dichiarate assorbite o non esaminate dal Tar.

7. A seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare (disposto con ordinanza n. 688/2018), espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 17 maggio 2018.

## DIRITTO

1. Occorre premettere che, con riguardo al lotto 2 relativo alla "*Gestione del servizio bar e della rivendita giornali, posto all'interno del Presidio Ospedaliero Vittore Buzzi*", l'art. 11.1 del disciplinare ha disposto la ripartizione dei 40 punti riservati alla qualità del servizio secondo i quattro parametri di seguito specificati:

- Parametro A (fino a max punti 15): sistema organizzativo di erogazione del servizio, relazione sul personale impiegato per l'esecuzione del servizio con indicazione di numero, qualifiche, mansioni e modalità per garantire le sostituzioni per ferie e malattie, nonché programmi di formazione/aggiornamento del personale;

- Parametro B (fino a max punti 10): proposta merceologica, con indicazione della gamma e della qualità dei prodotti messi in vendita (marca, descrizione, confezionamento, quantità/peso per confezione ecc.), allegando altresì le schede tecniche dei principali prodotti utilizzati;

Parametro C (fino a max punti 10): proposta relativa al mantenimento ed al miglioramento del grado di efficienza delle apparecchiature e degli arredi nonché degli ambienti ove si svolge il servizio bar;

Parametro D (fino a max punti 5): soluzioni migliorative che integrano la proposta progettuale a totale carico dell'offerente.

2. La pronuncia di primo grado, pur riconoscendo l'astratta praticabilità del metodo del confronto a coppie mediante l'attribuzione di punteggi numerici, ha tuttavia chiarito come ciò sia possibile nei soli casi in cui la chiara e precisa predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte è tale da consentire al privato di comprendere le ragioni dei giudizi espressi dalla Commissione ed al giudice amministrativo di verificare e sindacare la scelta discrezionale così operata.

Nel caso di specie, sempre secondo la pronuncia del Tar, la consistenza “generica” o “elastica” dei parametri sopra richiamati, combinata con la possibilità per ogni commissario di attribuire nel confronto a coppie un grado di preferenza da uno (parità) a sei (preferenza massima, cfr. ancora il più volte citato art. 11 del disciplinare), ha reso oggettivamente impossibile la comprensione delle ragioni della preferenza accordata ad un progetto tecnico di gestione rispetto da un altro.

3. Questo Collegio, correggendo la prognosi di plausibile fondatezza dell'appello espressa in fase cautelare, ritiene di dover condividere la tesi motivazionale adottata dal giudice di primo grado.

In tema di attribuzione del punteggio numerico in applicazione del metodo del confronto a coppie, questa stessa Sezione ha di recente puntualizzato, con riguardo ad una fattispecie strutturalmente non dissimile da quella qui in oggetto e con argomentazioni estensibili anche al caso in esame, che:

- nel confronto a coppie, la motivazione può ritenersi insita nei punteggi purché il bando contenga a monte criteri di valutazione sufficientemente dettagliati che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa;
- a fronte di parametri valutativi che si articolano in sottocriteri plurimi, la mancata valorizzazione di questi ultimi, mediante il conferimento agli stessi di un specifico peso ponderale nella formulazione dei punteggi, rende di fatto impossibile comprendere, dalla sola lettura delle griglie valutative elaborate dalla Commissione, sotto quale specifico profilo tecnico una offerta sia stata ritenuta preferibile alle altre;
- risulta così violata la stessa logica comparativa che sovrintende la modalità del confronto a coppie, finendo questo per risolversi nell'affermazione apodittica e non intellegibile della asserita superiorità di una proposta sull'altra, senza che tuttavia emergano le ragioni e le caratteristiche tecniche che hanno orientato tale giudizio di preferenza;

- allorché le censure proposte sono dirette ad ottenere la riedizione della procedura, secondo modalità conformi a legge, e non il conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 164.2018 n. 2258).

4. Ciò posto, il campo oggetto della presente contesa d'appello va sgombrato da una serie di tematiche pure evocate dalle parti ma non rilevanti ai fini della decisione, riguardanti da un lato la legittima pretesa della stazione appaltante di orientare il confronto competitivo verso elaborazioni progettuali innovative; e, dall'altro, la astratta compatibilità del punteggio numerico con un corretto metodologia di confronto a coppie.

Si tratta di assunti in linea astratta certamente corretti e non messi in forse dalla pronuncia del primo giudice, ma esulanti dalla reale trama logica della sentenza appellata, la quale ha invece evidenziato come nel contesto della procedura di gara in esame, e per effetto della mera attribuzione del punteggio numerico associata a criteri valutativi di tenore "generico", non si sia realizzato l'obiettivo – essenziale in ogni confronto competitivo, in quanto rispondente ai principi buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (97 Cost.) – di rendere sufficientemente comprensibile e verificabile l'*iter* logico sotteso alle preferenze espresse dalla Commissione giudicatrice.

5. Tale valutazione appare condivisibile, se si considera che ognuno dei quattro parametri valutativi individuati dall'art. 11.1 del disciplinare ai fini della ripartizione dei 40 punti riservati alla qualità del servizio, reca in sé elementi di contenuto plurimo e complesso, non riconducibili ad un riferimento univoco e comunque non organizzati secondo criteri d'ordine o di peso ponderale in grado di chiarirne la specifica incidenza nella determinazione delle preferenze e dei punteggi.

- Così, il parametro di valutazione “A” (*“Sistema organizzativo di erogazione del servizio”, relazione sul personale impiegato per l’esecuzione del servizio con indicazione di numero, qualifiche, mansioni e modalità per garantire le sostituzioni per ferie e malattie, nonché programmi di formazione/aggiornamento del personale”*) non specifica sulla base di quali elementi concreti e obiettivi i commissari avrebbero dovuto esprimere la propria preferenza sul “Sistema organizzativo di erogazione del servizio” e attribuire i ben 15 punti previsti, giacché:

(i) in esso si assommano plurimi ed eterogenei profili (*“numero, qualifiche, mansioni e modalità”* nonché *“programmi di formazione/aggiornamento”*) ma non viene indicato un ordine di importanza nel quale gli stessi verranno valutati o pesati tra di loro;

(ii) non risulta specificata alcuna modalità di preferenza tra le *“qualifiche”*, le *“mansioni”* e le *“modalità per garantire le sostituzioni per ferie e malattie”*, né risulta indicato alcun criterio d’ordine o di gerarchia nel quale tali variabili sarebbero state ponderate nel confronto a coppie;

(iii) l’indicazione dei *“programmi di formazione/aggiornamento del personale”* appare non sufficientemente determinata, non risultando chiaro a quali *“qualifiche”* o *“mansioni”* essa si riferisca;

- anche il parametro di valutazione “B” (*“Proposta merceologica, con indicazione della gamma e della qualità dei prodotti messi in vendita (marca, descrizione, confezionamento, quantità/peso per confezione ecc.), allegando altresì le schede tecniche dei principali prodotti utilizzati”*) non specifica sulla base di quali elementi concreti e obiettivi i commissari avrebbero dovuto esprimere la propria preferenza sulla *“Proposta merceologica”* e attribuire i ben 10 punti previsti, giacché:

(i) non risulta indicato un ordine di importanza dei profili in esso genericamente indicati, quali la *“gamma”* e la tipologia di *“prodotti”*;

(ii) non figura alcuna indicazione di preferenza circa la composizione (eterogenea o specifica) della selezione di alimenti da offrire, ovvero circa la tipologia di prodotti



di maggiore gradimento (tradizionali; energetici; gluten free; light; dedicati a soggetti con colesterolo alto; destinati ai bambini; d.o.p.; d.o.c.; i.g.p.; vegani; vegetariani; etc.);

(iii) analoghe carenze emergono con riguardo alla rilevanza attribuibile alle “marche” o alla “descrizione” dei prodotti;

- le richiamate considerazioni critiche si estendono al parametro di valutazione “C” (*“Proposta relativa al mantenimento ed al miglioramento del grado di efficienza delle apparecchiature e degli arredi nonché degli ambienti ove si svolge il servizio bar”*), anche in esso non risultando specificato sulla base di quali elementi concreti e obiettivi i commissari avrebbero dovuto esprimere la propria preferenza sulla “*proposta*” dei concorrenti e sui profili di “*mantenimento*” e “*miglioramento*” ivi indicati;

- del tutto indeterminato risulta infine il parametro di valutazione “D” (*“soluzioni migliorative che integrano la proposta progettuale a totale carico dell’offerente”*).

6. Il quadro dei parametri valutativi sin qui tracciato ha dunque consegnato alla Commissione giudicatrice una discrezionalità di giudizio non sufficientemente confinata, né adeguatamente controllabile; e l’applicazione concreta che ne è conseguita, mediante attribuzione dei soli punteggi numerici, non ha consentito una corretta esplicazione dell’obbligo motivazionale, la cui funzione è propriamente quella di arginare il rischio di un utilizzo arbitrario del potere discrezionale.

7. Tali lacune non paiono colmate né dalle indicazioni contenute nel capitolato speciale di gara, in quanto le stesse - diversamente da quanto adombrato nell’ordinanza cautelare - non dettano ulteriori criteri di valutazione delle offerte; né dalla relazione illustrativa che doveva accompagnare le proposte tecniche, trattandosi anche qui di documentazione del tutto avulsa - diversamente da quanto sostenuto dalla appellante - dai criteri destinati ad orientare il potere valutativo dei Commissari di gara.

8. L'eccessiva gravosità dell'onere motivazionale di tipo letterale non vale, evidentemente, a superare i rilievi critici sin qui illustrati, né l'esito conformativo della sentenza di primo grado elide l'astratta e alternativa possibilità di interventi in autotutela da parte della stazione appaltante.

9. Per tali decisive ragioni, idonee a giustificare l'esito di accoglimento del ricorso di primo grado, l'appello non può trovare accoglimento.

10. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

11. Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite del presente grado di giudizio, tenuto conto della consistenza essenzialmente interpretativa delle questioni trattate e dei profili procedurali oggetto delle censure accolte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente  
Massimiliano Noccelli, Consigliere  
Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Pescatore**

**IL PRESIDENTE**  
**Lanfranco Balucani**

**IL SEGRETARIO**