

**Massima:** ...il bando-tipo costituisce l'atto presupposto del successivo bando e disciplinare di gara adottato dalla stazione appaltante quante volte questa abbia riprodotto il contenuto del primo negli atti adottati.

5.4. Sul piano processuale il predetto rapporto tra gli atti comporta l'onere del ricorrente di rivolgere la sua impugnazione (anche) avverso il livello di regolazione immediatamente superiore rispetto a quello avvertito come direttamente lesivo, altrimenti ottenendo una sentenza inutiliter data (in tal senso, con riferimento alle circolari ministeriali, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2018, n. 5532; III, 1° dicembre 2016, n. 5047)

## **Consiglio di Stato n. 526 del 16/01/2023**



# **REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

**ha pronunciato la presente**

### **SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3970 del 2022, proposto da Euro & Promos FM s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione, Maria Ferrante e Adriano Cavina, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudio Guccione in Roma, via Sardegna, 50;

contro

Velox Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Sara Di Cunzolo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Aureliana, 63; Fondazione Teatro Alla Scala di Milano, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Matteo Masoni, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00846/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Velox Servizi s.r.l. e della Fondazione Teatro Alla Scala di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Claudio Guccione, Maria Ferrante, Vacchini per delega di Masoni, e Sara Di Cunzolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 7 dicembre 2020 la Fondazione Teatro alla Scala di Milano indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, per l'affidamento del servizio di pulizia del Teatro Alla Scala e delle sedi esterne della medesima Fondazione.

1.1. L'art. 14 del disciplinare di gara prevedeva tra i vari criteri di valutazione dell'offerta tecnica quello della *“qualità del piano di lavoro e delle apparecchiature utilizzate”* (criterio A.2), a sua volta articolato in una serie di sub-criteri, tra i quali rileva in questa sede il sub-criterio A.2.3. avente ad oggetto il *“numero di monte ore per tipologia di addetto virgola in relazione piano di lavoro ed ai macchinari utilizzati”*.

1.2. All'esito delle operazioni di gara risultava primo graduata Euro & Promos FM s.p.a.; il r.t.i. - raggruppamento temporaneo tra imprese mandataria Velox Servizi s.r.l. e Universal Service s.r.l. quale mandante era, invece, quinto graduato, preceduto da Camst s.c. a r.l., Sicutitalia Group Service s.c.p.a. e Miorelli Service s.p.a..

Con provvedimento del 21 giugno 2021 prot. 725/2021 la procedura era definitivamente aggiudicata alla Euro & Promo FM s.p.a.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia Velox Servizi s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione e tutti gli atti della procedura, incluso il bando di gara e il disciplinare, sulla base di quattro motivi.

2.1. Con il primo motivo sosteneva il contrasto dell'articolo 14 del disciplinare – nella parte in cui fissava quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica il sub-criterio A.2.3 in precedenza riportato – con il principio di separazione dell'offerta tecnica dall'offerta economica: a suo dire, tenuto conto della qualificazione del servizio di pulizia come servizio ad alta intensità di manodopera, dei limiti legali al ribasso del costo del lavoro e della centralità della manodopera nell'economia del contratto, esaminando l'offerta tecnica, la commissione avrebbe potuto effettuare una stima attendibile ed anticipata dell'offerta economica dei concorrenti.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso contestava il metodo di attribuzione del punteggio tecnico utilizzato dalla commissione aggiudicatrice per violazione dei principi di trasparenza e imparzialità avendo dapprima applicato i criteri di valutazione caratterizzati da discrezionalità e, solo successivamente, quelli vincolati.

2.3. Con il terzo motivo sosteneva che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla procedura di gara: a) l'aggiudicataria per omesse dichiarazioni di informazioni dovute ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) d.lgs. n. 50 del 2016; b) gli operatori economici collocati in seconda e terza posizione, per aver presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore al dovuto, senza consentir loro di ovviare a tale carenza mediante soccorso istruttorio; c) l'operatore collocato in quarta posizione per aver commesso un grave illecito professionale non adeguatamente valutato dalla stazione appaltante.

2.4. Con il quarto motivo di ricorso contestava la decisione della stazione appaltante di consentire la proroga del termine per la presentazione delle offerte in conseguenza della modificazione di alcuni criteri di valutazione dell'offerta tecnica contenuti nell'articolo 16 del disciplinare di gara poiché non significativi.

2.5. Resistenti la Fondazione Teatro alla Scala di Milano e Euro & Promos FM s.p.a., il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione del 14 aprile 2022, n. 846, accoglieva il primo motivo di ricorso ed annullava il bando e il disciplinare di gara, nonché, in via derivata, tutti gli atti successivi compreso il provvedimento di aggiudicazione alla Euro & Promos FM s.p.a..

Il tribunale:

- rammentava che il divieto di commistione tra l'offerta tecnica e quella economica è un corollario dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di *par condicio* dei concorrenti con la finalità di tutelare la segretezza dell'offerta economica, per evitare che la conoscenza di alcuni elementi di questa possa condizionare la commissione nella valutazione degli elementi discrezionali dell'offerta tecnica;

- richiamava, altresì, l'orientamento giurisprudenziale per il quale sussiste la violazione del principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica qualora vi sia anche solo l'astratta possibilità, per la commissione giudicatrice, di aver conoscenza del contenuto di alcune componenti dell'offerta economica al momento dell'esame dell'offerta tecnica;

- riteneva che le modalità di “*confezionamento*” della *lex specialis* presentassero una serie di indicatori della possibilità per la commissione giudicatrice di essere edotta del costo del lavoro, in quanto desumibile dal monte ore dichiarato per ciascuna tipologia di addetto;

- assumeva che la conoscenza di tale elemento, per la limitata possibilità di ribasso dei costi della manodopera e la preponderanza che il costo della manodopera assumeva nel costo complessivo del servizio, consentiva alla commissione giudicatrice la conoscenza anticipata, già in fase di valutazione del progetto tecnico, di un elemento contenuto nell'offerta economica;

- giudicava irrilevante la circostanza che il disciplinare di gara fosse conforme allo schema allegato al bando – tipo n. 2/2018 approvato da A.n.a.c. con la deliberazione del 10 gennaio 2018, n. 2, per essere i criteri indicati dall'Autorità – tra i quali proprio la “*coerenza del monte ore proposto per tipologia di addetto con il piano di lavoro e i macchinari utilizzati*” – meramente esemplificativi e non vincolanti per la stazione appaltante, che può discostarsene per garantire una valutazione più attinente alle esigenze tecniche ed organizzative del servizio oggetto della procedura;

- assorbiva i restanti motivi di ricorso perché la ricorrente aveva dichiarato di aver proposto il primo motivo in via principale ed assorbente e dichiarava inefficace il contratto d'appalto stipulato dalla Fondazione con Euro & Promos FM s.p.a. il 19 ottobre 2021 con decorrenza dal 120° giorno successivo alla pubblicazione della sentenza.

3. Propone appello Euro & Promos FM s.p.a.; si è costituita con appello incidentale la Fondazione Teatro alla Scala di Milano nonché la Velox Servizi s.r.l..

Euro & Promos FM s.p.a. e Velox Servizi s.r.l. hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., nonché rituali repliche.

All'udienza pubblica del 10 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Con il primo motivo di appello Euro & Promos FM s.p.a. lamenta l'erronea reiezione dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del Bando – tipo A.n.a.c. n. 2, le cui clausole la stazione appaltante aveva riprodotto nella elaborazione della *lex specialis*; a dire dell'appellante i bandi tipo predisposti da A.n.a.c. hanno valore vincolante per le stazioni appaltanti (che possono discostarsene solamente dandone adeguata giustificazione nella delibera a contrarre) e la censura contenuta nel primo motivo di ricorso – di adozione di un criterio di valutazione dell'offerta violativo del principio di separazione tra offerta economica e offerta tecnica – avrebbe dovuto essere diretta avverso l'atto regolatorio presupposto e non già (solamente) avverso il disciplinare di gara che si limitava a riprodurne il contenuto.

Identico contenuto ha il primo motivo di appello della Fondazione Teatro alla Scala.

5. I motivi sono fondati.

5.1. In punto di fatto. Come in precedenza esposto, l'art. 14 del disciplinare di gara prevedeva quale sub-criterio di valutazione dell'offerta tecnica l' "*Indicazione del numero di monte ore per tipologia di addetto, in relazione al piano di lavoro ed ai macchinari utilizzati*" (sub-criterio A.2.3); come gli altri sub-criteri (che in questa sede è inutile riprodurre), anch'esso corrispondeva ad uno dei sub-criteri indicati nella *Tabella dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta* dell'Allegato 2 (*Esempio di criteri di valutazione dell'offerta tecnica*) alla delibera A.n.a.c. del 10 gennaio 2018, n. 2 con la quale era approvato per il Bando-tipo n. 2 lo "*Schema di disciplinare*" relativo a "*Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di pulizia di importo pari o superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*".

Precisamente, l'A.n.a.c. individuava quale sub-criterio di valutazione dell'offerta tecnica (al punto A.2.3.) "*Coerenza del monte ore proposto per tipologia di addetto con il piano di lavoro e i macchinari utilizzati*".

Benchè la formulazione letterale dei due criteri – quello della stazione appaltante qui contestato e quello di A.n.a.c. – diverga parzialmente, mancando nel primo il riferimento alla "*coerenza*" del monte ore per tipologia di addetto con il piano di lavoro e i macchinari, è indubbio che la commissione giudicatrice dovesse valutare anche nella procedura in esame proprio il giusto rapporto tra numero di ore per addetto e piano di lavoro e macchinari utilizzati. Ne dà chiara evidenza la precisazione che l' "*indicazione del numero del monte ore per tipologia di addetto*" dovesse avvenire *in relazione* al piano di lavoro e ai macchinari utilizzati.

Può, dunque, convenirsi con le appellanti nel senso che la stazione appaltante abbia riprodotto nel disciplinare di gara il contenuto del bando-tipo predisposto dall'A.n.a.c..

Il bando-tipo non è stato oggetto di impugnazione da parte di Velox Servizi s.r.l..

5.2. Va, pertanto, affrontata la questione del valore dei bandi-tipo predisposti da A.n.a.c. a beneficio delle stazioni appaltanti chiamate a indire procedure di gara per l'affidamento di un particolare servizio (nel caso di specie, il servizio di pulizia in locali pubblici o aperti al pubblico).

Il potere di A.n.a.c. di adottare bandi-tipo è previsto dall'art. 213, comma 2, d.lga. 18 aprile 2006, n. 50 in questi termini: *“L’A.N.A.C., attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*.

L'art. 71 d.lgs. n. 50 del 2016 precisa, poi, che: *“Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 59, comma 5, secondo periodo, e 63, tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara. Al fine di agevolare l’attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell’ANAC di bandi-tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi.”*. E' precisato, infine, nell'ultimo periodo che: *“Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”*.

Anche altre Autorità hanno il potere di definire schemi di bandi di gara (cfr. art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 che lo attribuisce anche all'Autorità di regolazione dei trasporti).

5.3. Senza voler approfondire la natura giuridica dei bandi-tipo (dubbia, come degli altri atti di regolazione flessibile previsti dall'art. 213, comma 2, in precedenza riportato, e, segnatamente, per le linee-guida; cfr. per ogni approfondimento Cons. Stato, sez. I, 24 marzo 2020, n. 615), un elemento si ricava con certezza dalle disposizioni in precedenza richiamate: nel momento in cui il bando-tipo è stato adottato, esso costituisce un parametro dell'azione amministrativa delle stazioni appaltanti, nel senso che queste ultime sono tenute ad uniformarsi allo stesso, mantenendo una limitata facoltà discrezionale di deroga (in tal senso, Corte cost., 12 luglio 2013, n. 187, relativamente ai bandi-tipo previsti dall'art. 64, comma 4-bis, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163, ma con considerazioni valide anche in relazione ai bandi-tipo previsti dal nuovo codice dei contratti pubblici).

Ne segue logicamente che il bando-tipo costituisce l'atto presupposto del successivo bando e disciplinare di gara adottato dalla stazione appaltante quante volte questa abbia riprodotto il contenuto del primo negli atti adottati.

5.4. Sul piano processuale il predetto rapporto tra gli atti comporta l'onere del ricorrente di rivolgere la sua impugnazione (anche) avverso il livello di regolazione immediatamente superiore rispetto a quello avvertito come direttamente lesivo, altrimenti ottenendo una sentenza *inutiliter data* (in tal senso, con riferimento alle circolari ministeriali, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2018, n. 5532; III, 1° dicembre 2016, n. 5047)

Va, infatti, considerato che, ottenuto l'annullamento dell'atto conseguente, ferma la validità dell'atto presupposto, l'amministrazione in sede di riesercizio del medesimo potere non potrà far

altro che conformarsi nuovamente al parametro regolatorio immediatamente vincolante, non potendo ravvisare ragioni che, per la specialità del caso, ne giustifichino la deroga.

Il ricorrente non avrà ottenuto alcuna utilità dallo svolgimento del giudizio.

La sua azione è, dunque, inammissibile per carenza originaria dell'interesse a ricorrere.

5.5. Ciò vale esattamente per la vicenda *de qua*: Velox Servizi s.r.l. avrebbe dovuto impugnare il bando-tipo adottato dall'A.n.a.c. quale atto presupposto del disciplinare di gara della procedura cui aveva preso parte; in mancanza di tale impugnazione, per le ragioni precedentemente esposte, non potrà conseguire alcuna utilità dalla pronuncia di accoglimento del ricorso.

5.6. In conclusione, i motivi di appello vanno accolti e la sentenza di primo grado riformata, con declaratoria di inammissibilità del primo ricorso di primo grado proposto da Velox servizi s.r.l..

L'accoglimento del primo motivo dell'appello di Euro & Promos FM s.p.a. comporta assorbimento del secondo e terzo motivo, diretti a far valere ulteriori ragioni di inammissibilità e improcedibilità del primo motivo ricorso di primo grado, ed esime dall'esame dei motivi di appello, di entrambe le parti appellanti, che contestano la decisione di primo grado nel merito.

6. Dichiarato inammissibile il primo motivo del ricorso di primo grado di Velox Servizi s.r.l., vanno esaminati i motivi di primo grado assorbiti dalla pronuncia del tribunale e che sono stati correttamente riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm..

6.1. Con il primo motivo la ricorrente ha denunciato la “*Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 41 e 97 Cost.; artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990; art. 95 d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità ed irragionevolezza, perplessità dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa*”: la commissione giudicatrice, attribuendo i punteggi relativi ai criteri di valutazione discrezionali dopo aver attribuito i punteggi per i criteri di valutazione vincolanti, avrebbe violato la regola che impone di valutare prioritariamente gli elementi del progetto che la *lex specialis* prevede siano valutati in base a criteri discrezionali e, solo in un secondo momento, quelli da valutarsi in base a criteri vincolanti. Tale regola la ricorrente assume essere corollario dei principi di trasparenza e di imparzialità poiché sostiene che la conoscenza preventiva delle componenti a valutazione vincolata consentirebbe alla commissione di modulare il restante giudizio sull'offerta tecnica violando la parità di trattamento tra i concorrenti.

6.2. Nel secondo motivo di ricorso, il provvedimento di aggiudicazione e gli atti della procedura sono contestati per “*Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 41 e 97 Cost.; artt. 1 e 3 della L. n. 241/1990; art. 80 e 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, perplessità dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa. Violazione del principio della par condicio*”.

Secondo la ricorrente la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la prima graduata ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) per omessa dichiarazione circa un “grave illecito professionale” e la seconda e terza graduate perché avevano presentato la garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 9 del disciplinare erroneamente calcolata sul prezzo base dell'appalto senza considerare gli oneri della sicurezza; a favore di queste ultime, invece, la stazione appaltante aveva indebitamente attivato il soccorso istruttorio consentendo loro l'integrazione della cauzione.

Infine, con ulteriore censura sono contestati i verbali della commissione, nella parte in cui ammettono la Miorelli Service s.p.a. alla procedura di gara per mancata indicazione del valore delle penali dei quali l'impresa è risultata destinataria – essendovi un generico riferimento ad un valore “superiore all'1%” – e non sono esposte le ragioni per le quali dette penali sono state ritenute irrilevanti ai fini della configurazione dei “*gravi illeciti professionali*”.

7. I motivi sono infondati.

7.1. Il primo motivo è infondato per varie ragioni.

Preliminarmente, va precisato che la commissione giudicatrice non ha scientemente attribuito dapprima i punteggi relativi agli elementi di valutazione vincolanti e successivamente quelli per gli elementi discrezionali, ma si è limitata ad assegnare i punteggi rispettando la sequenza dei criteri e sub-criteri previsti dal bando di gara; anche in questo caso, pertanto, la ricorrente avrebbe dovuto rivolgere la sua censura al bando di gara per non aver previsto una diversa modulazione delle modalità di assegnazione dei punteggi, con le conseguenze in precedenza ravvisate, trattandosi, anche in questo caso di riproduzione delle clausole del bando-tipo predisposto da A.n.a.c..

Ad ogni buon conto, anche a voler superare tale profilo, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento espresso dalla terza Sezione secondo cui: *“nel diritto dei contratti pubblici non si rinviene alcuna regola, men che mai precauzionale, che imponga necessariamente alla Commissione, nel valutare l'offerta tecnica, di procedere prima all'assegnazione dei punteggi discrezionali e poi a quelli vincolati, salva l'esistenza di elementi che lasciano ritenere simile modus operandi, sul piano dell'eccesso di potere, come indice di parzialità o di favoritismo nella valutazione tecnica della Commissione, censurabile come manifestamente illogica o manifestamente discriminatoria...”*.

Tale conclusione si impone per la chiara indicazione normativa nel senso dell'unitarietà della fase di valutazione delle offerte che, invece, la tesi della ricorrente finirebbe per disarticolare *praeter legem*; del tutto opportunamente, pertanto, nel precedente citato si è precisato che gli atti della commissione possono essere censurati solo se la modalità di assegnazione del punteggio sia espressiva di una qualche forma di eccesso di potere.

La ricorrente, pertanto, avrebbe dovuto articolare delle censure in tal senso; in mancanza, il motivo va senz'altro respinto.

7.2. Il secondo motivo è in parte infondato e per la restante parte inammissibile.

Per consolidata giurisprudenza qualora il ricorso avverso un provvedimento di aggiudicazione (e gli atti precedenti, segnatamente i verbali della commissione giudicatrice di ammissione dei concorrenti graduati) siano impugnati dall'operatore terzo graduato (o, comunque, in posizione più bassa), l'esame delle censure deve prendere avvio da quelle rivolte nei confronti dell'operatore che immediatamente precedente il ricorrente in graduatoria (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2022, n. 1179; V, 29 aprile 2020, n. 2725)

Nel caso di specie, pertanto, occorre esaminare prioritariamente la censura che la ricorrente, come detto quinta graduata, ha rivolto nei confronti della Miorelli Service s.p.a., quarta graduata.

La censura è infondata.

La ricorrente lamenta la carenza motivazionale del provvedimento di ammissione dell'operatore alla procedura di gara in punto di rilevanza dei precedenti gravi illeciti professionali da questa dichiarati.

Al riguardo, occorre preliminarmente riportare il contenuto del verbale oggetto di contestazione (dell'11 febbraio 2021, n. 2); al punto di interesse si legge: *“Note: nel contenuto del DGUE, ed in particolar modo, nelle dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, l'Operatore economico dichiara di non avere gravi illeciti professionali. Viene prodotto in ogni caso un allegato in cui sono elencate alcune applicazioni di penali del valore totale superiore all'1%, nei tre anni precedenti la data di pubblicazione del Bando di gara, in particolare nei confronti di più S.A., fornendo osservazioni in merito all'irrogazione delle penali indicate, dichiarando – tra le altre – che le Stazioni Appaltanti non hanno mai avanzato alcuna pretesa risarcitoria. Al termine della disamina di tutti gli allegati e dichiarazioni prodotte, si ritiene di non dover provvedere all'esclusione del candidato, in quanto tali provvedimenti non realizzano le fattispecie dei “gravi illeciti professionali”, così come richiamati dal Codice dei contratti pubblici ed alla luce delle Linee Guida A.N.A.C. n. 6”.*

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che: *“la stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l'affidabilità del concorrente, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale; in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n.1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019). Tuttavia, ritiene il Collegio che tale regola sia destinata a subire eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una pregnanza tale che la stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500); a fronte, dunque, della regola per la quale la stazione appaltante non è tenuta a motivare l'ammissione, v'è l'eccezione di una motivazione adeguata in presenza di vicenda professionale di particolare “pregnanza” (sul cui significato, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 ottobre 2022, n. 9002).*

Naturalmente spetta alla parte che contesta il provvedimento (quanto meno) allegare che si trattasse di vicenda professionale particolarmente significativa, meritevole di maggior sforzo motivazionale da parte della stazione appaltante per dar giustificazione, già in sede procedimentale, dell'ammissione.

Nel caso di specie, la ricorrente si è limitata ad una generica contestazione della motivazione; quest'ultima, peraltro, non manca di soffermarsi sulla dichiarazione resa dall'impresa specificando che in ragione degli allegati prodotti era maturata opinione nel senso che non si trattasse di vicende riconducibili a gravi illeciti professionali che potessero dar luogo all'esclusione dell'operatore dalla procedura di gara.

La censura va dunque respinta.

Respinta la censura riferita alla quarta graduata, sono inammissibili i motivi riferiti alla prima, seconda e terza, poiché se anche fossero fondati, la ricorrente, per la presenza in graduatoria di altra

impresa in posizione migliore, non potrebbe in alcun modo conseguire l'utilità sperata rappresentata dall'aggiudicazione del contratto di appalto.

8. Con ultimo motivo la ricorrente lamenta: *“Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 41 e 97 Cost.; artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990; art. 79 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 16 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e irragionevolezza, perplessità dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza”*: la stazione appaltante avrebbe illegittimamente prorogato il termine di ricezione delle domande di partecipazione; in particolare, a dire della ricorrente, le modifiche apportate al disciplinare (e precisamente alla tabella dei criteri di valutazione dell'offerta di cui all'art. 16) non erano di rilevanza tale da giustificare la proroga ai sensi dell'art. 79, comma 3, lett. b) d.lgs. n. 50 del 2016).

8.1. Il motivo è inammissibile.

La ricorrente lamenta la violazione di una norma procedurale (l'art. 79, comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016 che consente la proroga dei termini di ricezione delle domande di partecipazione), senza argomentare adeguatamente in punto di pregiudizio subito a causa di detta violazione; si limita, infatti, ad affermare che tale proroga ha comportato una violazione del principio della *“par condicio competitorum”* attribuendo un indebito vantaggio a quei concorrenti che non avevano presentato l'offerta entro il termine originariamente previsto.

Senonché, non allega in alcun modo che tra questi vi fossero anche quegli operatori posizionati meglio nella graduatoria.

Così articolato il motivo di ricorso, esso non può essere utilmente scrutinato poiché non è dato comprendere la lesione che la ricorrente abbia subito alla propria posizione giuridica soggettiva.

Ad ogni buon conto, anche a voler superare tale profilo, è indubbio che le modifiche che la stazione appaltante ha apportato al disciplinare di gara, rammentate dalla stessa ricorrente, giustificassero la proroga dei termini ai sensi dell'art. 79, comma 3, lett. b) d.lgs. n. 50 del 2016 a mente del quale: *“Le stazioni appaltanti prorogano i termini per la ricezione delle offerte ... nei casi seguenti: (...) lett. b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara”*.

9. In conclusione, gli appelli di Euro & Promos FM s.p.a. e di Fondazione Teatro alla Scala sono accolti, i motivi di ricorso riproposti dalla Velox Servizi s.r.l. sono in parte dichiarati inammissibili e in parte respinti; per l'effetto, la sentenza di primo grado va riformata e il ricorso di primo grado di Velox Servizi s.r.l. dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato, con assorbimento di ogni altra domanda proposta.

10. La peculiarità della vicenda oggetto del giudizio, giustifica la compensazione tra le parti in causa delle spese del doppio grado del giudizio.

## **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia n. 846/2022, dichiara il ricorso di primo grado di Velox Servizi s.r.l. in parte inammissibile e in parte infondato.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**  
**Luciano Barra Caracciolo**