

APPALTI: Appalto di servizi - Sistema dinamico di acquisizione - Offerta tecnica - Criteri del tipo on/off - Offerta economicamente più vantaggiosa - Coesistenza - Condizioni.

Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026

- in *Rivista trimestrale degli appalti*, 4, 2020, pag. 2055, con commento di Federico Smerchinich, *Criteri on/off: alcune precisazioni o un cambio di tendenza?*

“[...] La previsione di criteri a struttura binaria non sembra confliggere con la finalità assegnata dal legislatore all’istituto in esame, tenuto conto che:

- permette comunque all’Amministrazione-a monte, all’atto della predisposizione della documentazione di gara- di esercitare un potere discrezionale sia nella definizione dei criteri di valutazione, sia nella loro ponderazione, attraverso la previsione di un punteggio (seppure non graduabile tra un minimo e un massimo) differenziato per ciascun criterio;

- non esclude del tutto la possibilità per ciascun concorrente di esprimere la propria capacità progettuale e organizzativa – in tale modo, garantendo una differenziazione tra le offerte –, qualora, in ragione dei criteri all’uopo definiti (non afferenti ai requisiti di partecipazione o alle condizioni minimi di espletamento della prestazione contrattuale – cfr. pag. 6 Linee Guida Anac n. 2/16), non possa ritenersi certo, ex ante, che ciascun offerente sarà intenzionato o comunque in condizione di soddisfare tutti gli elementi valorizzati dall’Amministrazione ai fini della valutazione qualitativa delle offerte.

Peraltro, la circostanza che ex post, all’esito della valutazione delle offerte tecniche, si sia registrato un identico punteggio assegnato ai singoli offerenti in relazione al merito tecnico, non consente, di per sé, di ritenere illegittima la metodologia di attribuzione del punteggio all’uopo definita nella documentazione di gara [...]”.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 73 del 28 giugno 2017 e sulla G.U.U.E. serie S 120 del 27 giugno 2017 Consip ha indetto una procedura avente ad oggetto l’istituzione di un Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione della durata di 48 mesi, per la fornitura dei servizi di pulizia e igiene ambientale per gli immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni.

Alla stregua di quanto emergente nel capitolato d’oneri allegato al bando istitutivo dello SDAPA Consip, *“I singoli Appalti Specifici saranno aggiudicati sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, come sarà specificato in ciascuna lettera di invito e nella documentazione ad essa allegata.*

Il punteggio tecnico (PT) dovrà essere pari almeno al 70% del punteggio totale (PT+PE).

Nell'Appendice 1A e nell'Appendice 1B al presente Capitolato d'Oneri, sono riportati, rispettivamente, per la categoria merceologica 1 e per la categoria merceologica 2, gli Ambiti di Valutazione e i Criteri di Valutazione che devono essere utilizzati nei singoli Appalti Specifici ai fini dell'attribuzione del Punteggio tecnico" (punto 2.5, pag. 14, all. 10 ricorso in primo grado).

L'appendice al capitolato d'oneri recava, inoltre, i criteri da utilizzare ai fini dell'attribuzione dei punteggi tecnici basati sul principio "on/off", tale per cui il concorrente, in caso di integrazione del relativo parametro, accertabile attraverso una verifica a contenuto vincolato, avrebbe beneficiato del punteggio predeterminato dalla documentazione di gara; in caso di sua carenza, avrebbe ottenuto un punteggio pari a zero.

La medesima appendice prevedeva, altresì, che *"L'adozione di tali criteri è vincolante per le Stazioni Appaltanti (SA) ad eccezione criteri di cui alla sezione "F. Riduzione dei tempi per specifiche attività" (nn. da 22 a 26).*

Nella colonna "on/off" sono riportati i punteggi suggeriti per ciascun criterio, per un totale 70 punti. Inoltre, nella documentazione allegata alla lettera di invito le Stazioni appaltanti potranno definire autonomamente criteri tecnici discrezionali e/o tabellari non presenti a Sistema, fino a concorrenza del limite massimo del 20% del punteggio tecnico complessivo" (doc. 11 ricorso in primo grado).

2. Nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione così istituito l'Università degli Studi di Messina con lettera del 19 dicembre 2017 ha indetto una procedura per l'affidamento di un appalto specifico, articolata in tre lotti, avente ad oggetto il servizio di pulizia ed igiene ambientale dei propri plessi, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di anni quattro, di valore complessivo stimato a base d'asta di € 6.056.756,96 oltre Iva (cfr. doc. 6 ricorso in primo grado).

La documentazione di gara, ai fini della valutazione del merito tecnico di ciascuna offerta, prevedeva plurimi criteri, idonei a consentire l'attribuzione di un punteggio massimo di 80, di cui 65 punti in applicazione di criteri incentrati sul principio "on/off" (a struttura binaria, tale per cui il punteggio veniva predeterminato in misura fissa e attribuito per intero soltanto in caso di ricorrenza dell'elemento tecnico all'uopo valorizzato) e 15 punti attribuibili sulla base di criteri a punteggio graduabile, nell'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto alla Commissione di gara.

3. La società IC Service ha preso parte alla procedura di gara, presentando apposita offerta e conseguendo, con riferimento al merito tecnico, il punteggio massimo di 65 punti per i criteri "on/off" e il punteggio di 13,24 punti per i criteri a contenuto discrezionale; anche la società

Euroservice ha partecipato alla procedura, conseguendo 65 punti per i criteri “on/off” e 13,02 punti per i criteri a contenuto discrezionale (cfr. doc. 29 ricorso in primo grado).

All’esito della valutazione delle offerte, l’Amministrazione universitaria ha aggiudicato la procedura in favore della società Euroservice, in quanto proponente l’offerta economicamente più vantaggiosa, avendo totalizzato (cfr. doc. 29 ricorso in primo grado) il punteggio complessivo più elevato, pari a 98,02 (di cui 78,02 punti per l’offerta tecnica e 20 per l’offerta economica); la società IC Service si è classificata alla seconda posizione, conseguendo il punteggio di 97,82 (di cui 78,24 punti per l’offerta tecnica e 19,58 per l’offerta economica).

4. La IC Service ha, quindi, avanzato istanza di accesso alla documentazione di gara, manifestando l’esigenza di valutare i presupposti di un eventuale ricorso; l’Amministrazione ha accolto soltanto in parte la relativa istanza, ostendendo i primi giustificativi resi dall’aggiudicatario nell’ambito del subprocedimento di verifica di anomalia dell’offerta.

5. Adendo la sede giurisdizionale, la IC Service ha impugnato gli atti di gara, deducendo:

- l’illegittimità del diniego parziale di accesso alla documentazione di gara, per violazione dell’art. 53 D. Lgs. n. 50/16, non essendo state indicate e comunque non sussistendo ragioni ostative all’integrale accoglimento dell’istanza presentata in sede procedimentale;
- l’incongruità dell’offerta presentata dall’aggiudicatario, caratterizzata da un ribasso percentuale tale da impedire la copertura dei costi della manodopera, degli oneri della sicurezza aziendale e quelli per macchinari, attrezzature e prodotti, spese generali e utile; in particolare, il costo orario del lavoro dichiarato dall’aggiudicatario si sarebbe discostato in misura significativa, senza adeguata giustificazione, dallo standard riportato dalle tabelle ministeriali di riferimento, con conseguente valorizzazione di minori costi, pari a circa € 468.933,00, tali da elidere totalmente l’utile di commessa dichiarato dalla controinteressata; inoltre, i giustificativi resi in sede procedimentale riguardavano un monte ore inferiore rispetto a quello dichiarato dall’aggiudicatario, non sarebbero stati giustificati i costi del personale con funzioni di governo e quelli relativi alle figure del supervisore/coordinatore del servizio, oltre che dell’ispettore della qualità, nonché risultavano sottostimati anche i costi della sicurezza aziendale;
- il difetto in capo all’aggiudicatario del possesso di valide certificazioni di qualità ISO 9001 e ISO 4001, illegittimamente valorizzate dalla Commissione giudicatrice nell’attribuzione del punteggio tecnico riferito ai criteri nn. 1 e 2;
- in subordine, l’incompatibilità dei criteri di tipo on/off con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto inadeguati ad assicurare una concorrenza effettiva tra gli offerenti e, quindi, a valutare il grado di soddisfacimento delle offerte, come, invece, imposto dall’art. 95 D.

Lgs. n. 50/16; trattasi, in particolare, secondo la prospettazione dedotta in ricorso, di criteri che non lascerebbero alcuno spazio all'iniziativa progettuale dei partecipanti, determinando un appiattimento delle offerte sugli aspetti qualitativi e, pertanto, violando il principio di prevalenza del miglior rapporto qualità/prezzo rispetto ai criteri riferiti al solo elemento del prezzo; il che determinerebbe la configurazione di una gara al massimo ribasso (criterio precluso per gli appalti ad alta intensità di manodopera) o comunque la violazione della proporzione 70/30 prescritta dall'art. 95, comma 10 bis, D. Lgs. n. 50/16, per rendere effettiva la concorrenza tra le offerte tecniche;

- l'illegittima deroga, in assenza di adeguata motivazione, alle Linee Guida Anac n. 2 del 2016 e n. 5 del 2016, da cui si desumerebbe il divieto di ricorso a criteri di tipo automatico -quali quelli in contestazione nel presente giudizio- per i servizi ad alta intensità di manodopera;

- l'illegittimo utilizzo del sistema dinamico di acquisizione per l'affidamento di appalti di servizi di pulizia, tenuto conto che non si farebbe questione di servizi standardizzati, come tali, riconducibili alla portata applicativa dell'art. 55 D. Lgs. n. 50/16;

- la nomina della Commissione di gara senza avere previamente individuato le regole di competenza e trasparenza richiamate dall'art. 216, comma 12, D. Lgs. n. 50/16; in ogni caso, l'illegittima composizione della Commissione di gara perché il presidente della commissione non risultava rivestire posizione dirigenziale all'interno dell'Ateneo, né la scelta risultava motivata in base all'inesistenza di figure idonee, in ogni caso, nessuno dei commissari prescelti aveva esperienza specifica nel settore;

- l'illegittima esecuzione anticipata del servizio in assenza di adeguata motivazione.

6. Le parti intimare si sono costituite in giudizio, al fine di resistere al ricorso.

7. L'Università resistente, in adempimento a specifico ordine istruttorio impartito dal primo giudice, ha depositato gli atti relativi al subprocedimento di verifica di anomalia, riferito all'offerta dell'aggiudicataria.

8. Alla stregua della nuova documentazione acquisita in giudizio, la parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti avverso i medesimi atti già censurati in via principale, deducendo ulteriori vizi concernenti l'incongruità dell'offerta selezionata dall'Amministrazione resistente, asseritamente caratterizzata da elementi di anomalia riguardanti, altresì, i costi di prodotti, attrezzature e macchinari, facendosi questione di giustificativi -al riguardo forniti dall'aggiudicatario- inadeguati e comunque, in parte, inammissibilmente fondati su preventivi di formazione successiva rispetto alla data di formulazione dell'offerta.

9. Il Tar, nel definire la controversia:

- ha rigettato le censure riferite, da un lato, alla pretesa insufficienza dell'offerta a coprire i costi della manodopera, gli oneri della sicurezza c.d. aziendale e quelli per macchinari, attrezzature e prodotti, spese generali e utile, tenuto conto che non emergeva a sufficienza la sproporzione tra costi per prodotti e macchinari dichiarati dalla controinteressata e costi effettivamente da sostenere alla luce dei prezzi praticati sul mercato per il reperimento di tali mezzi d'opera; dall'altro, al mancato possesso in capo all'aggiudicataria di valide certificazioni di qualità, tenuto conto che la documentazione in atti comprovava l'esistenza di certificazioni di qualità non ancora scadute;
- ha accolto le censure svolte nel secondo motivo, con cui la ricorrente aveva contestato il metodo di aggiudicazione basato, per 65 punti su 80, sul c.d. sistema on/off, tenuto conto che una tale definizione dei criteri di valutazione finiva per "appiattare" la valutazione dell'offerta tecnica e, quindi, per attribuire un peso determinante al valore dell'offerta economica, snaturando il criterio di aggiudicazione previsto in tutti i documenti di gara e imposto, prima ancora, dal legislatore nazionale e comunitario per gli appalti ad alta intensità di manodopera;
- ha assorbito le ulteriori censure svolte dal ricorrente.

Per l'effetto, il Tar ha annullato gli atti di gara, inclusa l'aggiudicazione in favore della controinteressata, con salvezza degli effetti della procedura SDAPA indetta a monte da Consip.

10. L'Università degli Studi di Messina e l'Anac hanno proposto appello avverso la sentenza di prime cure, articolando un unico motivo di impugnazione, con cui hanno denunciato l'erroneità della decisione del Tar, dovendo ritenersi compatibile con la disciplina in tema di offerta economicamente più vantaggiosa la previsione di criteri on/off ai fini della valorizzazione del merito tecnico delle offerte acquisite in sede procedimentale.

11. La sola società controinteressata in prime cure si è costituita nel presente grado di giudizio, aderendo alle conclusioni svolte dalla parte appellante, sia con memoria difensiva depositata in data 31 maggio 2020, sia con note di udienza del 6 luglio 2020.

12. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 9 luglio 2020.

DIRITTO

1. Con un unico motivo di appello l'Università degli Studi di Messina e l'Anac hanno impugnato la sentenza di prime cure, evidenziando che l'adozione dei criteri automatici "on/off" sia legittima, tenuto conto che:

- l'Ateneo nella specie, predisponendo il bando di gara, si era attenuto alle indicazioni dell'ANAC e, allo scopo di correttamente bilanciare i parametri di valutazione, si era avvalso dei margini di discrezionalità riconosciuti dal sistema dinamico di acquisizione istituito da Consip, prevedendo l'attribuzione di 15 punti (su 80) sulla base di valutazioni discrezionali, allo scopo di valorizzare

ambiti progettuali strumentali ad incentivare il confronto competitivo, sì da consentire agli operatori di proporre soluzioni progettuali migliorative anche a carattere innovativo;

- nell'ambito degli altri lotti posti a gara, l'appalto era stato affidato in favore di operatori economici che non avevano proposto il prezzo più basso, a dimostrazione di come, ai fini della selezione del concorrente migliore, rilevassero anche gli elementi qualitativi valorizzati dalla documentazione di gara;

- la scelta operata dalla stazione appaltante (tra l'altro) in relazione ai criteri di valutazione delle offerte risultava espressione di ampia discrezionalità, sindacabile in sede giurisdizionale soltanto nelle ipotesi di macroscopica illogicità, irragionevolezza e irrazionalità, oltre che di criteri non trasparenti e non intellegibili; agli stessi criteri on/off potrebbero, inoltre, essere ricondotte le disposizioni ex art. 95 D. Lgs. n. 50/016 in tema di possesso di certificazioni e di marchio di qualità ecologica.

2. Preliminarmente, nel delimitare il *thema decidendum* dell'odierno giudizio, si osserva che, in assenza di appello incidentale e di riproposizione dei motivi di ricorso assorbiti in prime cure, il Collegio è chiamato a statuire esclusivamente sulla questione sollevata con l'atto di appello, riguardante la legittima previsione di criteri on/off nell'ambito di una procedura da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Non possono, invece, trovare ingresso nella presente sede le censure svolte in primo grado dalla IC Servizi S.r.l.:

- rigettate dal Tar, attesa la mancata proposizione dell'appello incidentale nell'ambito del presente giudizio;

- assorbite dal primo giudice, attesa la loro mancata riproposizione ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

3. L'appello è fondato.

Al riguardo, il Collegio intende dare continuità all'indirizzo giurisprudenziale espresso da questo Consiglio in controversia analoga a quella di specie, in cui si discorreva parimenti di un appalto di servizi di pulizia -nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione delle Pubbliche Amministrazioni istituito da Consip- da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la previsione di criteri di valutazione basati sul principio "on/off", secondo cui in presenza dell'elemento richiesto è attribuito un punteggio predeterminato, in assenza è attribuito un punteggio pari a zero.

Al riguardo, alla stregua di quanto precisato da questo Consiglio, "*E' opportuno ricordare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui la scelta operata dall'amministrazione*

appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorchè sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602; III, 2 maggio 2016, n. 1661; V,18 giugno 2015, n. 3105).

Tale discrezionalità appare particolarmente significativa in un contesto normativo in cui non è espressamente previsto l'obbligo di attribuire punteggi graduati tra un minimo ed un massimo ai singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ne consegue che non è ravvisabile un diretto contrasto con la norma di legge nella scelta, da parte della stazione appaltante, di una modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off, in cui cioè vi è attribuzione del punteggio nel caso di ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla stazione appaltante.

L'appellante configura la violazione dell'art. 95, comma 10-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, che, allo scopo di assicurare l'effettiva individuazione del migliore rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta ed individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

Il Collegio non condivide, nella sua radicalità, tale tesi, in quanto il metodo di attribuzione sì/no, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso. Ciò significa che comunque la valutazione dell'offerta ha tenuto conto della componente tecnica, come dimostra l'intervenuta attribuzione ai vari concorrenti di punteggi per il merito tecnico compresi (e dunque differenziati) tra 62 e 70. L'appiattimento del punteggio, denunciato dall'appellante, a rigore, come si evince anche dalle Linee guida n. 2 del 2016 dell'A.N.A.C., si sarebbe determinato ove oggetto di valutazione fossero stati i requisiti minimi di partecipazione, anziché il possesso di tecniche differenti, secondo quanto richiesto dalla lex specialis.

Occorre anche considerare che la graduazione del punteggio nella procedura in esame è stata comunque parzialmente consentita, in particolare, per quanto sembra evincibile dall'appendice 1 al capitolato d'oneri Consip, fino a quattro punti in ragione della potenza sonora dei macchinari che gli operatori economici intendevano offrire per la pulizia degli ambienti (punto B7), e tra due e quattro punti in relazione alla classe di efficienza energetica e/o di riemissione delle polveri delle

aspirapolveri offerte (punto B8), per un totale, dunque, di sei punti (da attribuire in modo discrezionale) su settanta dell'offerta tecnica.

Giova aggiungere che nella fattispecie controversa non è dimostrata l'abnormità della scelta tecnica, ma, in definitiva, denunciata l'opinabilità di un metodo, di per sé non contra legem, che riguarda i servizi di pulizia ed igiene ambientale, per i quali, ove anche riconducibili tra i servizi ad alta intensità di manodopera (labour intensive), è prescritto solamente il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094).

L'applicazione di tali coordinate ermeneutiche al caso di specie conduce all'accoglimento dell'appello.

I criteri a struttura binaria, incentrati sul principio "on/off", consentono alla stazione appaltante di definire gli elementi tecnici valorizzabili per valutare il merito tecnico di ciascuna offerta e di prevedere, in relazione a ciascun elemento, l'assegnazione di un punteggio predeterminato, non graduabile discrezionalmente. Pertanto, ove l'offerente soddisfi l'elemento tecnico oggetto di valutazione, potrà procedersi all'attribuzione del punteggio ("on"); in caso contrario, nessun punteggio potrà essere riconosciuto ("off").

Tale tipologia di criteri non può, di per sé, ritenersi incompatibile con la disciplina vigente in materia di offerta economicamente più vantaggiosa.

Difatti, in primo luogo, non è riscontrabile un'apposita previsione normativa che imponga alla stazione appaltante di definire criteri caratterizzati dal punteggio graduabile, implicante l'esercizio di un potere discrezionale in fase applicativa, all'atto della valutazione delle singole offerte acquisite in sede procedimentale.

Il dato positivo prevede, infatti, la necessità che l'Amministrazione adotti criteri "*oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto*" (art. 95, comma 6, D. Lgs. n. 50/16), stabilendo "*la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcilla in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato*" (art. 95 comma 8, D. Lgs. n. 50/16) e comunque provvedendo ad una loro definizione in maniera da garantire la prevalenza della componente tecnica su quella economica (essendo previsto un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento) e "*un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici*" (art. 95, comma 10 bis, D. Lgs. n. 50/16).

La *littera legis*, dunque, impone una ponderazione dei criteri di valutazione - da differenziare in ragione dell'importanza da ciascuno assunta per il soddisfacimento delle esigenze sottese all'indizione della gara - ma non richiede, in ogni caso, la previsione, per ogni criterio valutativo, di

un punteggio graduabile tra un minimo e un massimo, da determinare in concreto, alla stregua delle peculiarità caratterizzanti la singola offerta presa in esame.

Emerge, anzi, dall'art. 95 comma 6, D. Lgs. n. 50/16 la possibilità di definire elementi tecnici di valutazione suscettibili di prestarsi all'attribuzione di un punteggio predeterminato secondo il metodo on/off, prevedendo il legislatore che “[n]ell'ambito di tali criteri possono rientrare: a) la qualità, che comprende [...]certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001[...]; b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso [...]”.

Il possesso di certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori o di un marchio di qualità ecologica dell'Unione Europea può essere, infatti, valorizzato attraverso criteri a struttura binaria, tali per cui la presenza dell'elemento oggetto di valorizzazione consente l'attribuzione del punteggio predeterminato e fisso; la sua assenza impedisce il riconoscimento di qualsivoglia punteggio per il corrispondente criterio.

Il dato letterale non osta, quindi, a criteri ad applicazione vincolata, che consentono l'attribuzione di un punteggio predeterminato e fisso, da riconoscere previo mero riscontro dell'elemento rilevante ai fini della valutazione del merito tecnico.

Deve, quindi, confermarsi quanto statuito da questo Consiglio circa l'impossibilità di ravvisare “*un diretto contrasto con la norma di legge nella scelta, da parte della stazione appaltante, di una modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off, in cui cioè vi è attribuzione del punteggio nel caso di ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla stazione appaltante*” (Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094).

In secondo luogo, la previsione di criteri a punteggio predeterminato e non graduabile, di per sé, non sembra neanche confliggere con la finalità assegnata *ex lege* al criterio di aggiudicazione in esame.

Alla stregua di quanto previsto dall'art. 95, comma 10 bis, cit., ricorrendo all'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Amministrazione è tenuta a valorizzare il merito tecnico di ciascuna offerta, premiando (in misura prevalente, dovendo essere contenuto entro il 30% il punteggio attribuibile per la componente economica) la capacità organizzativa, progettuale e la professionalità di ogni concorrente, in applicazione dei criteri di valutazione all'uopo definiti nella documentazione di gara.

In subiecta materia, pertanto, emerge l'esigenza di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo e di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta in modo tale da dare spazio a criteri che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici.

La decisione di aggiudicare la procedura in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in particolare, presuppone, da un lato, l'esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione nella definizione dei criteri applicabili per la valutazione del merito tecnico, dall'altro, la possibilità di differenziazione delle singole offerte, alla stregua dei rispettivi profili tecnici.

La previsione di criteri a struttura binaria non sembra confliggere con la finalità assegnata dal legislatore all'istituto in esame, tenuto conto che:

- permette comunque all'Amministrazione-a monte, all'atto della predisposizione della documentazione di gara- di esercitare un potere discrezionale sia nella definizione dei criteri di valutazione, sia nella loro ponderazione, attraverso la previsione di un punteggio (seppure non graduabile tra un minimo e un massimo) differenziato per ciascun criterio;
- non esclude del tutto la possibilità per ciascun concorrente di esprimere la propria capacità progettuale e organizzativa – in tale modo, garantendo una differenziazione tra le offerte –, qualora, in ragione dei criteri all'uopo definiti (non afferenti ai requisiti di partecipazione o alle condizioni minimi di espletamento della prestazione contrattuale – cfr. pag. 6 Linee Guida Anac n. 2/16), non possa ritenersi certo, *ex ante*, che ciascun offerente sarà intenzionato o comunque in condizione di soddisfare tutti gli elementi valorizzati dall'Amministrazione ai fini della valutazione qualitativa delle offerte.

Peraltro, la circostanza che *ex post*, all'esito della valutazione delle offerte tecniche, si sia registrato un identico punteggio assegnato ai singoli offerenti in relazione al merito tecnico, non consente, di per sé, di ritenere illegittima la metodologia di attribuzione del punteggio all'uopo definita nella documentazione di gara.

Difatti, in primo luogo, il riconoscimento di un punteggio riferito al merito tecnico identico per più offerenti è evenienza realizzabile anche in presenza di criteri con punteggio graduabile, non potendo, dunque, essere posta a fondamento di un vizio di legittimità incidente sulla tipologia del criterio valutativo all'uopo definito dall'Amministrazione (se a struttura binaria, ispirato al principio "on/off" ovvero con punteggio graduabile in concreto).

In ogni caso, si osserva che, al fine di assicurare un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici, occorre verificare la possibilità di differenziazione delle offerte, da riscontrare *ex ante*, avuto riguardo ai criteri di valutazione all'uopo definiti. Il che si traduce - nei limiti in cui ciò sia

ammissibile in sede giurisdizionale (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 marzo 2019, n. 1637, secondo cui la scelta operata dall'Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi, specificamente indicati nella *lex specialis*, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuitale dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; e come tale è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta) - in un sindacato sugli elementi in concreto valorizzati dalla documentazione di gara, onde verificarne la capacità ad esprimere tecniche differenti e, quindi, in tale modo, a consentire una differenziazione tra le relative offerte (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2020, n. 2967, secondo cui “*il carattere non selettivo del criterio va dimostrato a monte, in ragione della conformazione intrinseca di esso, non già in conseguenza degli esiti concreti della sua applicazione*”).

Ne deriva che il metodo di attribuzione dei punteggi fondato sul principio “on/off”, di per sé, seppure limiti la capacità progettuale e organizzativa del singolo concorrente, precludendo agli offerenti la possibilità di modulare, sotto il profilo qualitativo, la propria proposta e imponendo una sola risposta binaria (si/no) in corrispondenza dei criteri valutativi all'uopo valorizzati nella documentazione di gara, non esclude la possibilità che tra gli offerenti si svolga comunque un effettivo confronto concorrenziale, ove siano definiti criteri di valutazione sufficientemente selettivi, a fronte dei quali, pertanto, non può ritenersi certo che tutti i concorrenti soddisferanno gli elementi tecnici richiesti.

Si conferma, dunque, che la mera metodologia di attribuzione del punteggio in concreto prescelta dall'Amministrazione -valutata di per sé, senza tenere conto del grado di selettività dei criteri di valutazione definiti nella documentazione di gara ovvero della presenza di ulteriori criteri valutativi a punteggio graduabile in sede applicativa tra un minimo e un massimo - non può ritenersi ostativa allo svolgimento di un effettivo confronto concorrenziale tra gli offerenti e, pertanto, non può reputarsi in contrasto con quanto prescritto dall'art. 95, comma 10 bis, D. Lgs. n. 50/16.

Rimane ferma, in ogni caso, la possibilità per il singolo concorrente di censurare, oltre che, come osservato, la selettività degli elementi stabiliti dall'Amministrazione per la valutazione del merito tecnico, la corretta applicazione del criterio al caso concreto, al fine di verificare se il punteggio fisso, concretamente attribuito (o negato) al concorrente, sia giustificato dalla presenza (o dall'assenza) dell'elemento tecnico oggetto di valutazione.

3. Alla stregua delle considerazioni svolte, è possibile soffermarsi sul caso di specie.

Come osservato nella descrizione dei fatti di causa, la documentazione di gara, ai fini della valutazione del merito tecnico di ciascuna offerta, prevedeva plurimi criteri, idonei a consentire l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 80; di cui 65 punti in applicazione di criteri incentrati sul principio "on/off" e 15 punti attribuibili sulla base di criteri a punteggio graduabile, nell'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto alla Commissione di gara.

In particolare, nel capitolato d'oneri allegato alla lettera di invito, al punto 9.1 dedicato al criterio di aggiudicazione (doc. 3 ricorso in primo grado), l'Amministrazione universitaria ha previsto che ciascun Lotto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016, secondo la ripartizione tra punteggio tecnico ed economico indicata per singolo lotto nel Capitolato tecnico.

Il capitolato tecnico (doc. 4 ricorso in primo grado), in relazione al lotto 1 rilevante nel presente giudizio, recava i criteri di aggiudicazione a punteggio predeterminato, incentrati sul principio "on/off"; l'allegato A2 (doc. 5 ricorso in primo grado) conteneva, invece, la griglia per l'attribuzione dei punteggi riferiti alla valutazione qualitativa del servizio, graduabili dalla Commissione di gara entro un limite massimo all'uopo definito.

Il punteggio complessivamente riconoscibile all'esito della valutazione discrezionale a cura della Commissione giudicatrice risultava pari a 15 punti, di cui:

- massimo 7,5 punti per l'organizzazione del servizio, a loro volta ripartiti in massimo 3 punti per la qualità della struttura organizzativa (oggetto di cinque subcriteri), massimo 3,5 punti per la qualità del piano di lavoro e delle apparecchiature utilizzate (oggetto di quattro subcriteri), nonché massimo 1 punto per la qualità dei servizi migliorativi (oggetto di due subcriteri);
- massimo 1 punto per i sistemi di verifica, a sua volta ripartito in massimo 0,5 punti per l'efficacia del sistema di verifica dei livelli di qualità del servizio (controllo di risultato) e in massimo 0,5 punti per l'efficacia del sistema di verifica di conformità delle modalità di esecuzione del servizio (controllo di processo);
- massimo 6,5 punti per le misure risultanti dal piano gestionale del servizio finalizzate a ridurre/contenere gli impatti ambientali ai sensi del D.M. 24 maggio 2012, a loro volta ripartiti in massimo 2,5 punti per l'efficacia delle tecniche di pulizia in termini di minor consumo di sostanze chimiche (oggetto di due subcriteri), massimo 1,5 punti per la minimizzazione dei consumi di energia e di acqua (oggetto di due subcriteri), massimo 1,5 punto per la minimizzazione dell'impatto ambientale del servizio (oggetto di due subcriteri), nonché massimo 1 punto per la

riduzione dell'impatto ambientale dei prodotti di pulizia e delle macchine aspiratrici (oggetto di due subcriteri).

Tra i punteggi assegnabili attraverso un'attività vincolata, suscettibile di esprimersi mediante la mera verifica dell'elemento tecnico valorizzato dal criterio valutativo e dalla corrispondente attribuzione di un punteggio predeterminato, non graduabile secondo la discrezionalità dell'Amministrazione, vi erano, peraltro, due criteri che permettevano una graduazione (vincolata) del punteggio in ragione della natura dell'elemento tecnico all'uopo valorizzato.

In particolare:

- in relazione alla rumorosità dei macchinari per la pulizia, si prevedeva una graduazione del punteggio, con assegnazione di punti 3 per i macchinari con rumorosità compresa tra 75 db(A) e 80 db(A), di punti 3,5 per i macchinari con rumorosità compresa tra 75db(A) e 70 db(A) e punti 4 per i macchinari con db inferiore a 70 db(A);
- in relazione alle aspirapolveri, si prevedeva l'assegnazione tra due e quattro punti a seconda della classe di efficienza energetica e/o di riemissione delle polveri.

Alla stregua delle peculiarità caratterizzanti l'appalto per cui è controversia, emerge la fondatezza dell'appello.

Nel caso concreto l'Amministrazione universitaria, ai fini della valutazione del merito tecnico, non si è limitata a definire criteri a struttura binaria, fondati sul principio ("on/off), bensì ha previsto plurimi criteri a punteggio graduabile implicanti l'esercizio di un potere discrezionale da parte della Commissione di gara. Inoltre, il ricorrente in primo grado ha censurato la mera illegittimità del principio "on/off" applicato alle procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, senza censurare, altresì, la manifesta carenza di criteri valutativi sufficientemente selettivi, in grado di valorizzare il merito tecnico di ciascuna offerta ai fini di una loro differenziazione.

Ne deriva che gli atti impugnati in prime cure risultano immuni dai vizi di legittimità censurati dal ricorrente e accolti dal Tar.

Difatti:

- da un lato, la mera definizione di criteri incentrati sul principio on/off non può considerarsi incompatibile con la disciplina dettata dall'art. 95 D. Lgs. n. 50/16, non imponendo il dato positivo la previsione di criteri a punteggio graduabile in sede applicativa, né potendo considerarsi tale metodologia di attribuzione del punteggio, di per sé, inidonea ad assicurare un effettivo confronto concorrenziale tra gli offerenti;

- dall'altro, nella specie siffatti criteri ("on/off") concorrevano con altri criteri valutativi a punteggio graduabile; il che ha, tra l'altro, consentito una differenziazione tra le offerte (seppure minima –ma, parimenti, minimo è stato lo scarto tra le offerte in sede di aggiudicazione-) tra il ricorrente in prime cure e la parte controinteressata, i quali rispettivamente hanno ottenuto per la valutazione tecnica il punteggio di 78,24 e 78,02.

Pertanto, la previsione nell'ambito dell'appalto *de quo* dell'attribuzione con il metodo "on/off" di massimo 65 punti - su 80 punti complessivi dedicati alla valorizzazione del merito tecnico -, in assenza, peraltro, di specifiche censure riguardanti la selettività dei criteri di valutazione in concreto stabiliti dalla stazione appaltante, non può ritenersi inficiata dai vizi di legittimità denunciati in prime cure e accolti dal Tar; né a diversa conclusione potrebbe giungersi sulla base delle censure (effettivamente articolate in prime cure) riguardanti la corretta applicazione dei criteri valutativi alla fattispecie concreta, in quanto trattasi di doglianze respinte dal Tar con capo di sentenza non appellato in via incidentale e, quindi, non costituente oggetto del presente giudizio.

Ne deriva che l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di prime, deve essere rigettato il ricorso in prime cure, limitatamente alle censure accolte dal Tar con statuizioni oggetto dell'odierna impugnazione.

4. La complessità della questione esaminata giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta *in parte qua* il ricorso in primo grado.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali 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 9 luglio 2020 svoltasi, ai sensi dell'art. 84 comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, attraverso l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams", con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

