



Sulla tipologia dei criteri di valutazione dell'offerta caratterizzati dal sistema dell'on/off.

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 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.

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.

Materia: appalti / disciplina

N. 05303/2021 REG.PROV.COLL.

N. 13486/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13486 del 2019,
proposto da
Esperia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Caracciolo e Marcello
Distasi, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di
Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è
domiciliato *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cooperativa Sociale Gialla, in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Barbara Frateiacchi, Graziano Pungi e Francesco Antonio Romito, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del Decreto del Direttore Generale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dipartimento per i trasporti, la navigazione, gli affari generali ed il personale, direzione generale del personale e degli affari generali, Registro Ufficiale U.0042900 del 24 settembre 2019, con il quale l'Amministrazione resistente ha decretato di aggiudicare l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei micronidi aziendali del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, presso le sedi centrali ministeriali di Roma di Via Nomentana, 2 e Viale dell'Arte, 16 per il periodo di 34 mesi, per € 837,00 mensili a bambino, per un importo complessivo pari ad € 1.219.509,00 oltre IVA, alla Società Cooperativa Sociale Gialla con sede legale in Roma, Via Herbert Spencer, 82/86, 00177 - CF e PI 10960841004;
- del Decreto di indizione della gara Prot. n. 30404 del 3 luglio 2019;
- del Decreto del Direttore Generale, Registro Ufficiale U.0039867 del 6 giugno 2019 di nomina della Commissione di gara;
- del Bando del 10 luglio 2019, del disciplinare, del capitolato tecnico e di tutti gli atti di gara in parte *qua*;
- dei verbali di gara in parte *qua*;
- di ogni ulteriore atto e/o provvedimento presupposto,

conseguente e/o comunque connesso, anche di estremi e contenuti ignoti;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e del conseguente diritto della ricorrente al subentro, ovvero, in subordine per l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti di gara e conseguente obbligo di rinnovazione delle fasi viziate;

ed in ogni caso, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., per l'annullamento del provvedimento con il quale il Ministero ha immotivatamente negato l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, con conseguente ordine ad autorizzare l'ostensione documentale necessaria ad esercitare legittimamente il proprio diritto di difesa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del MIT e della Cooperativa Sociale Gialla;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le ordinanze n. 863/2020 e 13874/2020;

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

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza del giorno 28 aprile 2021, i difensori delle parti, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con Bando pubblicato sulla GUUE il 14 luglio 2019, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) ha indetto una procedura per "l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei 2 asili nido siti presso le sedi centrali di Via Nomentana 2 e Viale dell'Arte 16 in Roma del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti", in unico lotto, per la durata prevista di 34 mesi, con possibilità di rinnovo per un ulteriore anno ai sensi dell'art. 63, comma 5, D.Lgs. 50/2016, per un valore complessivo stimato pari ad € 1.835.820,00, IVA esclusa. La ricorrente ha presentato la propria offerta e si è collocata seconda in graduatoria, dopo la controinteressata, con un distacco di 2,035 punti.

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata, disposta con decreto del 24 settembre 2019, e tutti gli atti di gara, incardinando il presente giudizio, n. 13486/2019 RG; ha dichiarato di aver proposto ricorso "al buio" essendole stato negato l'accesso agli atti ed ha formulato riserva di proporre motivi aggiunti.

In ricorso ha prospettato le seguenti censure, non rubricate in specifici motivi.

1) L'aggiudicazione sarebbe illegittima in quanto, a suo dire, la Commissione avrebbe dovuto procedere alla verifica di anomalia

dell'offerta della controinteressata, che avrebbe ottenuto 63,60 punti sui 70 per l'offerta tecnica e 19,235 punti su 20 per l'offerta economica; viceversa nel verbale n. 7 la Commissione ha ritenuto l'offerta della controinteressata non anomala e ne ha proposto direttamente l'aggiudicazione.

2) L'aggiudicazione sarebbe altresì da annullare per illegittimità derivata dalla formula matematica prevista all'art. 18.3 del disciplinare per l'attribuzione dei 20 punti previsti per l'offerta economica, che erroneamente prenderebbe a riferimento il prezzo e non già il ribasso percentuale offerto, così come previsto dalle Linee guida ANAC n. 2 e dal d.P.R. 207/2010. L'utilizzo del prezzo sarebbe illogico anche tenuto conto che l'art. 17 del disciplinare prevede che "In caso di discordanza tra prezzo complessivo e ribasso percentuale globale prevale il ribasso percentuale"; dunque la stessa *lex specialis* riconoscerebbe il ribasso quale elemento di riferimento ai fini della valutazione dell'offerta economica.

3) L'aggiudicazione sarebbe illegittima perché i coefficienti assegnati dalla Commissione all'offerta della ricorrente (verbale n. 5) sarebbero ingiustificatamente bassi; riserva di entrare nel merito dopo aver esaminato l'offerta della controinteressata. Inoltre la valutazione della Commissione sarebbe stata ingiustamente vincolata, dall'art. 18.2 del disciplinare, non a coefficienti discrezionali variabili tra 0 e 1, ma a 4 coefficienti fissi (0; 0,4; 0,7 e 1) - di cui il coefficiente 1 mai utilizzato - con ciò limitando ingiustamente la libertà di giudizio dei singoli membri della Commissione ed uniformando

irragionevolmente il giudizio complessivo, così da valorizzare ingiustamente singoli e marginali aspetti tra le offerte, ancor di più anche a causa dello schiacciamento determinato dalla formula matematica per l'offerta economica.

4) La Commissione di gara sarebbe stata carente della necessaria esperienza nello specifico settore oggetto di affidamento; sarebbe illegittimo anche l'art. 20 del disciplinare nella parte in cui limita ad un solo componente della Commissione il possesso del requisito dell'esperienza, con ciò svilendo anche il principio maturato in giurisprudenza sulla collegialità del requisito di esperienza.

5) Sarebbe illegittimo l'art. 18.1 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede dei criteri di valutazione dell'offerta che, al netto del progetto educativo, sono caratterizzati dal sistema dell'on/off e dalla presenza o meno di elementi di carattere soggettivo/esperienziale che, di fatto, annullerebbero e comunque limiterebbero eccessivamente la discrezionalità della Commissione.

Contestualmente la ricorrente ha proposto, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., domanda di annullamento del provvedimento con il quale il Ministero ha immotivatamente negato l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame il MIT e la controinteressata.

Con ordinanza del 22 gennaio 2020, n. 863, la Sezione ha annullato il diniego di accesso agli atti impugnato e ha ordinato al Ministero l'ostensione della documentazione richiesta entro il

termine di trenta giorni.

Nelle more il Ministero, prima della discussione camerale dell'istanza ex art. 116 c.p.a. inviava alla ricorrente la nota n. 912 in data 9 gennaio 2020, con cui ha trasmesso "le pagine dell'offerta tecnica sulle quali l'aggiudicataria non ha espresso formale diniego all'accesso".

Con separato ricorso iscritto al n. 1296/2020 RG, la ricorrente ha impugnato anche la suddetta nota; tale giudizio si è concluso con sentenza n. 7230 del 26 giugno 2020, con cui la Sezione ha accolto il ricorso, annullando la nota impugnata e ordinando al Ministero intimato di ostendere la documentazione richiesta, in versione integrale.

Dopo alcuni solleciti, con nota prot. n. 31572 del 27 luglio 2020 il Ministero resistente ha, infine, annullato in autotutela la nota ministeriale prot. n. 912 del 9 gennaio 2020 ma ha negato nuovamente l'accesso consegnando tra l'altro uno stralcio dell'offerta tecnica che la ricorrente ha ritenuto coincidente quasi integralmente con quanto già osteso nel gennaio 2020, tanto da aver impugnato tale ulteriore provvedimento.

Con ordinanza n. 3874 del 22 dicembre 2020 è stata accolta nuovamente l'istanza di accesso ex art. 116, comma 2, c.p.a..

L'Amministrazione ha depositato in giudizio la documentazione richiesta.

In vista della trattazione del merito le parti (ricorrente e controinteressata) hanno depositato memorie conclusive e repliche. In particolare la controinteressata ha eccepito l'improcedibilità del ricorso non avendo la ricorrente proposto

motivi aggiunti avverso gli atti ostesi; la ricorrente ha replicato che, trattandosi di atti endoprocedimentali, essa non sarebbe stata tenuta a formulare motivi aggiunti.

All'udienza del 28 aprile 2021, sentiti i difensori delle parti in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il *thema decidendum*, in mancanza di motivi aggiunti, pur preannunciati, deve essere necessariamente circoscritto alle censure formulate in ricorso e chiarite nelle successive memorie.

2.1. Ragioni di ordine logico impongono di esaminare prioritariamente il quarto motivo, con cui la ricorrente sostiene che la Commissione di gara sarebbe stata carente della esperienza nello specifico settore oggetto di affidamento; sarebbe illegittimo anche l'art. 20 del disciplinare nella parte in cui limita ad un solo componente della Commissione il possesso del requisito dell'esperienza.

L'Amministrazione sul punto ha rappresentato che la Commissione di gara è stata nominata selezionando risorse al suo interno, le quali avrebbero svolto la funzione a titolo gratuito; in particolare ha evidenziato che la scelta della dott.ssa Arcà è stata effettuata sulla base dei titoli posseduti (laurea in psicologia con indirizzo in sviluppo ed educazione dell'età evolutiva) e della esperienza nel settore oggetto dell'appalto.

2.1.1. La censura non merita accoglimento.

E' stato affermato che il nuovo codice dei contratti pubblici non

richiede una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della Commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto; ciò anche sul presupposto che all'esperienza nel "settore" primario, cui si riferisce l'oggetto del contratto, si accompagna una analoga esperienza nei settori "secondari", che con quell'oggetto interferiscono o si intersecano; in tale prospettiva la presenza di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarietà, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto (Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7832; id. 28 giugno 2019, n. 4458).

E' stato, altresì, osservato che "quando il vizio specifico è quello dell'incompetenza dei membri della Commissione, ed esso è fatto valere ex post quale vizio che ridonda sull'aggiudicazione, il ricorrente dovrebbe quanto meno individuare un legame tra la denunciata incompetenza e gli esiti valutativi in relazione alla propria offerta" (Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2019 n. 7446).

Osserva il Collegio che, nel caso di specie e nonostante la ricorrente sia ritornata più volte in argomento anche nelle successive memorie, non sono evidenziati i profili di valutazione delle offerte sui quali si sarebbe riverberata negativamente la valutazione effettuata da una Commissione asseritamente non dotata di adeguate competenze, ditalchè la censura si presenta

perfino inammissibile.

3. Con i motivi 2, 3 e 5, la ricorrente censura alcune disposizioni del disciplinare di gara che, a suo dire, avrebbero reso illegittima l'aggiudicazione alla controinteressata.

3.1. In particolare, con il secondo motivo la ricorrente censura il disciplinare di gara laddove al punto 18.3, nella formula matematica per l'attribuzione dei 20 punti previsti per l'offerta economica, prende a riferimento il prezzo e non il ribasso percentuale offerto, in contrasto, a suo dire, con le Linee Guida n. 2 ANAC e con il d.P.R. 207/2010.

Osserva il Collegio che le Linee guida ANAC n. 2 non hanno natura vincolante (Cons. Stato, pareri n. 1767 del 2 agosto 2016 e n. 966 del 13 aprile 2018) avendo la sola finalità di fornire alle stazioni appaltanti indicazioni relative ai criteri di valutazione.

L'art. 119, comma 2, d.P.R. 207/2010 peraltro, disciplina l'ipotesi in cui l'offerta economica sia redatta indicando il prezzo e la percentuale di ribasso, ma non preclude alla stazione appaltante di utilizzare formule in cui l'offerta economica sia presentata mediante la sola indicazione del prezzo.

D'altra parte la ricorrente non allega neanche quali sarebbero i profili di criticità in ipotesi derivanti dalla previsione di tale modalità di presentazione dell'offerta, che ha comunque lo scopo di assicurare all'Amministrazione appaltante la massima certezza possibile sull'effettivo prezzo offerto dai concorrenti, evitando ogni dubbio ed incertezza che possa in qualche modo incidere sull'ordinato, corretto e spedito svolgimento dei lavori stessi (Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio

2014, n. 3946), né sviluppa argomentazioni tese a rappresentare il superamento della cd. prova di resistenza.

A tale proposito non coglie nel segno l'argomentazione svolta nella memoria del 12 aprile 2021 laddove la ricorrente afferma: "A fronte di un ribasso percentuale offerto dalla Esperia del 13,45 % e dalla Coop. Gialla del 10%, la Commissione avrebbe dovuto assegnare a quest'ultima 14 punti su 20 e non i 19,235 ingiustamente attribuiti (quindi ben 5,235 punti in meno), con conseguente aggiudicazione in favore della Esperia (tenuto conto che l'attuale distacco è di appena 2,35 punti). L'indebito utilizzo del prezzo in luogo del ribasso percentuale invece ha avuto l'ingiusto effetto di "schiacciare" i punteggi assegnati, rendendo sostanzialmente irrilevante l'elemento prezzo nell'equilibrio complessivo della valutazione dell'OEV, consentendo così di determinare l'aggiudicatario fin dalla fase di valutazione dell'offerta tecnica".

Osserva il Collegio che, a formula di calcolo inalterata, anche se il disciplinare avesse optato per la percentuale di ribasso anziché per il prezzo, il risultato non sarebbe cambiato, atteso che, nel calcolo, la Commissione avrebbe dovuto comunque ricavare a quale prezzo, in concreto, corrispondesse il ribasso offerto.

Sebbene sia indubitabile che, su un range di 20 punti, le offerte economiche si siano collocate nello spazio di soli 3 punti, ciò è dipeso non già dalla formula, bensì dal fatto che i prezzi offerti dalle quattro concorrenti, in concreto, differiscono tra loro di poco.

3.2. Con il terzo motivo la ricorrente censura il punto 18.2 del disciplinare di gara il quale, anziché prevedere coefficienti discrezionali variabili tra 0 e 1, prevedeva solo 4 coefficienti (0; 0,4; 0,7; 1): il che avrebbe limitato la discrezionalità della Commissione. Osserva anche che i coefficienti assegnati dalla Commissione alla sua offerta sarebbero ingiustificatamente bassi e lamenta che la Commissione non abbia mai utilizzato il coefficiente 1.

Osserva il Collegio che la scelta di utilizzare degli "scaglioni" nella attribuzione dei punteggi non presenta profili di illegittimità. L'art. 18.2 del disciplinare di gara prevedeva l'attribuzione al progetto educativo di un punteggio discrezionale sulla base di predeterminati coefficienti: a. Giudizio ottimo - coefficiente 1,0; b. Giudizio buono - coefficiente 0,7; c. Giudizio sufficiente - coefficiente 0,4; d. Giudizio insufficiente - coefficiente 0,1.

Tale previsione non ha affatto privato la Commissione della possibilità di attribuire il punteggio massimo (pari ad 1) avendo, evidentemente, la stessa ritenuto che nessun progetto meritasse tale giudizio; i suddetti criteri risultano applicati in modo omogeneo ai concorrenti sicchè la valutazione discrezionale operata dalla Commissione alla stregua dell'art. 18.2 del disciplinare di gara appare immune da vizi, né risulta aver determinato effetti distorsivi.

E' stato condivisibilmente osservato che la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare

scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegi (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6006).

Né è possibile spingersi a sindacare le valutazioni discrezionali della Commissione di gara, se non nei limiti della verifica circa l'esercizio del potere amministrativo secondo criteri di logicità, congruità e ragionevolezza, viepiù in assenza, come nel caso di specie, di censure specifiche riguardo all'attribuzione dei punteggi.

Invero, nel settore degli appalti pubblici, le valutazioni tecniche in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti che non può dedursi neanche dalla presentazione di conteggi e simulazioni, unilateralmente predisposti dalla parte ricorrente, laddove non evidenzino alcun manifesto errore logico o di ragionevolezza.

Ciò posto, nella memoria del 12 aprile 2021, notificata alle controparti sebbene non rubricata come motivi aggiunti, la ricorrente prospetta la censura per cui la Commissione avrebbe errato nell'attribuire 6 punti alla controinteressata, quanto al "progetto di assistenza del pediatra".

Osserva il Collegio che, in disparte l'accertamento in ordine alla ritualità della introduzione di tale censura, la stessa è infondata atteso che la controinteressata per il "progetto di assistenza del pediatra" ha offerto oltre 30 ore di assistenza (che, ai sensi dell'art.18.1. del disciplinare vale 6 punti) laddove a pag. 33 indica: "La presenza del pediatra presso i micronidi aziendali sarà assicurata per un minimo di 15 ore mensili a struttura, per un totale di 30 ore mensili complessive ... Il pediatra sarà inoltre a disposizione per effettuare i colloqui individuali con i genitori che ne fanno richiesta, nonché degli incontri collettivi con le famiglie ed il personale educativo e di supporto, per trattare argomenti di igiene personale e ambientale di prevenzione delle patologie stagionali, di alimentazione, di norme generali di vita, dei pregiudizi legati al binomio frequenza del nido-malattie contagiose ed altri argomenti eventualmente sollevati dai genitori stessi".

Ritiene il Collegio che la presenza del pediatra anche per interlocuzione con i genitori e le famiglie nonchè per attività formativa e informativo/educativa correttamente sia stata ritenuta rientrante nel "progetto di assistenza del pediatra" e, quindi, sia stata valutata come presenza aggiuntiva offerta.

3.3. Con il quinto motivo la ricorrente deduce l'illegittimità

dell'art. 18.1 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede dei criteri di valutazione dell'offerta che, al netto del progetto educativo, sono caratterizzati dal sistema dell'on/off e dalla presenza o meno di elementi di carattere soggettivo/esperienziale.

La censura è infondata.

Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026): *"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 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). ... 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). ... 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".

Peraltro il Collegio osserva che, come ammesso dalla stessa ricorrente, erano comunque presenti, nella disciplina di gara, altri criteri di valutazione basati non esclusivamente sul metodo *on/off* ma anche su una graduazione di punteggio.

Da quanto precede discendo, altresì, l'infondatezza della censura secondo cui sarebbe risultata eccessivamente limitata la discrezionalità della Commissione.

4. Infine il primo motivo, con cui la ricorrente si duole che l'Amministrazione non abbia effettuato la verifica dell'anomalia, sull'assunto che l'offerta della controinteressata presentasse i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara, è stato oggetto di rinuncia con memoria del 12 aprile 2021.

5. Infondate sono poi le censure, anche queste formulate con la richiamata memoria del 12 aprile 2021, inerenti la asserita

mancata verifica delle esperienze dichiarate dalla controinteressata.

Invero, dalla documentazione versata in atti anche a seguito delle reiterate istanze di accesso, risulta che la suddetta verifica è stata correttamente effettuata, come emerge dalla nota, firmata digitalmente e inviata via pec il 17 febbraio 2021, con cui l'Istituto di Ortofonia s.r.l. ha dato conferma a Esperia (che si era spinta a richiedere direttamente informazioni all'Istituto) della veridicità della attestazione sulla formazione resa il 27 giugno 2019 in favore della Cooperativa Gialla.

Né, peraltro, diversamente da quanto opina la ricorrente, le predette verifiche andavano effettuate tramite il sistema AVCpass dal momento che l'art. 7 del disciplinare imponeva la sola dimostrazione dei requisiti di partecipazione mediante trasmissione AVCpass, in conformità alla delibera ANAC n. 157 del 17 febbraio 2016, ma non anche degli elementi dell'offerta tecnica, fra cui la descrizione dei percorsi formativi all'interno del progetto educativo.

Conclusivamente, per quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

6. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio che liquida in e 2.500,00 (duemilacinquecento) per parte costituita oltre oneri di legge, ove dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)