

La metodologia on/off di attribuzione del punteggio in gara non può provocare l'appiattimento delle offerte

(T.r.g.a. Trento, sez. I, sent. 29 ottobre 2019, n. 140)

La metodologia di valutazione dell'offerta tecnica con il metodo "on/off" per la gara, cioè un sistema sostanzialmente automatico di attribuzione del punteggio, risulta essere irragionevole e contraddittorio, allorché tale tecnica comporti, nel risultato, un appiattimento di tutte le offerte presentate in gara non consentendo una reale valutazione della qualità tecnica dell'offerta: con la conseguenza che la gara venga, nel risultato pratico, trasformata in un sistema al massimo ribasso.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 144 del 2019 proposto dalla società EMZ Tecnologie Ambientali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari, Gabriele Grande e Mario Maccaferri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Grazioli n. 27, presso lo studio dell'avvocato Mario Maccaferri;

contro

- la Provincia autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Sabrina Azzolini e Giuliana Fozzer, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, piazza Dante n. 15 presso l'avvocato Sabrina Azzolini;

- l'Agenzia provinciale per gli appalti e i contratti della Provincia autonoma di Trento, non costituita in giudizio;

- la Comunità della Val Di Sole, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento;

nei confronti

- KGN S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Ghirigatto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- Id&A S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

in via principale:

- del verbale della seconda seduta pubblica delle operazioni di gara, tenutasi in data 27 agosto 2019, recante il provvedimento di aggiudicazione della *"gara europea a procedura aperta per l'appalto della fornitura e posa in opera di dispositivi di gestione conferimenti su strutture semi-interrate e contenitori stradali esistenti, compresi service di gestione dati e manutenzione dei dispositivi elettronici, sul territorio della Comunità della Valle di Sole (TN)"* a favore della società KGN S.r.l.;
- di tutti gli ulteriori verbali di gara e segnatamente del verbale della prima seduta pubblica delle operazioni di gara, tenutasi in data 24 luglio 2019, nel corso della quale il Presidente del seggio di gara ha erroneamente attribuito il massimo punteggio alle offerte formulate dalle società controinteressate con riguardo ai criteri di valutazione descritti all'art. 18.1 del disciplinare di gara;
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, conseguente o connesso, ivi espressamente compresa la *lex specialis* e i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante prima della scadenza del termine per la formulazione dell'offerta;

in via subordinata:

- del suddetto verbale della seconda seduta pubblica delle operazioni di gara, tenutasi in data 27 agosto 2019, recante il provvedimento di aggiudicazione a favore della società KGN S.r.l.;
- dell'art. 16 del disciplinare di gara, rubricato *"Offerta tecnica – Documentazione da caricare a sistema come allegato Tecnico"*, nella parte in cui si è limitato a prevedere che detto *"allegato"* debba ricomprendere esclusivamente il *"modulo di offerta tecnica"* redatto secondo il fac-simile allegato D, senza richiedere ai concorrenti la produzione anche di ulteriore documentazione tecnica e/o campionatura riferita ai prodotti offerti, impedendo di fatto agli organi di gara l'accertamento dell'effettivo possesso da parte dei dispositivi offerti dei requisiti tecnici di minima e premiali richiesti;
- dell'art. 18.1 del disciplinare di gara, rubricato *"criteri di valutazione dell'offerta tecnica"*, nella parte in cui ha articolato l'elemento qualitativo in criteri di valutazione incentrati sul metodo *"on/off"*;
- dell'art. 18.2 del disciplinare di gara, rubricato *"Metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica"*, nella parte in cui ha stabilito l'attribuzione del punteggio tecnico *"automaticamente e in valore assoluto, sulla base della presenza o assenza nell'offerta, dell'elemento richiesto"* dichiarata dal concorrente nell'ambito del *"modulo di offerta tecnica"*, senza prevedere l'esame di ulteriore documentazione tecnica e/o l'esecuzione di prove pratiche su campionatura riferita ai dispositivi offerti, impedendo l'accertamento dell'effettivo possesso da parte dei dispositivi offerti dei requisiti tecnici di minima e premiali richiesti;
- dell'art. 4, punto 6, dell'atto organizzativo dell'Agenzia provinciale per gli appalti e i contratti della Provincia autonoma di Trento, nella parte in cui ha stabilito che *"per le procedura di gara che prevedano, quale criterio di aggiudicazione, l'offerta economicamente più vantaggiosa con elementi di valutazione esclusivamente quantitativi e/o tabellari, l'attribuzione dei relativi punteggi, attraverso l'applicazione delle formule matematiche indicate negli atti di gara, è demandata al Seggio di gara"*;

- dell'art. 20 del disciplinare di gara, nella parte in cui, ottemperando a quanto prescritto dal predetto atto organizzativo, non ha previsto la nomina di una Commissione Tecnica per l'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche formulate in gara dai concorrenti;
 - dell'art. 21, nella parte in cui è stata attribuito al Presidente del Seggio di gara il compito di assegnare i punteggi per ogni singolo elemento e sub elemento di valutazione qualitativo inerente le offerte tecniche presentate dalle ditte concorrenti;
 - del provvedimento di nomina del Seggio di gara;
 - di tutti i verbali delle sedute pubbliche relative alle operazioni concorsuali e segnatamente del primo e secondo verbale delle operazioni concorsuali tenutesi, rispettivamente, in data 24 luglio 2019 e 27 agosto 2019;
 - di ogni altro atto e provvedimento ad essi presupposti, conseguenti o connessi, anche non cognitivi, ivi ricompresa per quanto occorrer possa la determinazione del responsabile del Servizio edilizia abitativa, tutela dell'ambiente e del territorio della Comunità della Valle di Sole n. 62 in data 17 aprile 2019, di indizione della procedura di gara, poi rettificata con le determinazioni n. 75 in data 8 maggio 2019 e n. 95 in data 14 giugno 2019, ed i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, prima della scadenza del termine per la formulazione dell'offerta;
- nonché per la condanna delle Amministrazioni intimare al risarcimento del danno patito dalla società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento, della Comunità della Valle di Sole e della società Kgn S.r.l. e di;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 il dott. Carlo Polidori e uditi l'avvocato Gabriele Grande per la società ricorrente, l'avvocato Sabrina Azzolini per la Provincia autonoma di Trento, l'avvocato dello Stato Davide Volpe per la Comunità della Valle di Sole e l'avvocato Gianluca Ghirigatto per la controinteressata KGN S.r.l.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Provincia autonoma di Trento (di seguito PAT), per il tramite dell'Agenzia provinciale per gli appalti e contratti - Servizio appalti (di seguito APAC), con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, n. del 24 maggio 2019 ha indetto una *"gara europea a procedura aperta per l'appalto della fornitura e posa in opera di dispositivi di gestione conferimenti su strutture semi-interrate e contenitori stradali esistenti, compresi service di gestione dati e manutenzione dei dispositivi elettronici, sul territorio della Comunità della Valle di Sole (TN)"*. Il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di punti 70/100 per l'aspetto tecnico e 30/100 per quello economico, come risulta dall'art. 18 del disciplinare di gara. La valutazione dell'aspetto tecnico è stata articolata in cinque criteri, strutturati in base al c.d. metodo *"on/off"* e

specificati in un'apposita tabella riportata nel corpo dell'art. 18.1 del disciplinare di gara. In particolare al successivo art. 18.2 è stato precisato che *"a ciascuno degli elementi cui è assegnato un punteggio tabellare indentificato dalla colonna "T" della tabella, il relativo punteggio è assegnato, automaticamente e in valore assoluto, sulla base della presenza o assenza nell'offerta, dell'elemento richiesto"*, in ragione di quanto dichiarato in gara dal concorrente; difatti l'art. 16 del disciplinare di gara ha richiesto la produzione in gara di un *"Allegato Tecnico"*, contenente il *"modulo di offerta tecnica, redatto preferibilmente secondo il fac-simile allegato D al presente disciplinare e disponibile nella piattaforma di gara SAP-SRM e sul sito internet, ... nel quale il concorrente dovrà indicare le migliori che intende offrire rispetto alle specifiche e caratteristiche minime contenute nei documenti di gara (in particolare nel Capitolato speciale d'appalto – parte amministrativa e parte tecnica)"*. Inoltre, per quanto rileva in questa sede, il disciplinare di gara dispone, all'art. 20, che non è prevista la nomina di una Commissione di esperti nel settore oggetto di gara in quanto *"le offerte tecniche sono valutate sulla base di criteri esclusivamente quantitativi e tabellari"*, in conformità a quanto previsto dell'art. 4, punto 6, dell'atto organizzativo dell'APAC della PAT, secondo il quale *"per le procedura di gara che prevedano, quale criterio di aggiudicazione, l'offerta economicamente più vantaggiosa con elementi di valutazione esclusivamente quantitativi e/o tabellari, l'attribuzione dei relativi punteggi, attraverso l'applicazione delle formule matematiche indicate negli atti di gara, è demandata al Seggio di gara"*.

2. Alla gara hanno preso parte tre operatori economici: la ricorrente EMZ Tecnologie Ambientali S.r.l. (di seguito società EMZ), che ha offerto in gara il dispositivo, denominato UEMUSE 07, la controinteressata KGN S.r.l., che ha offerto in gara il dispositivo denominato Kupolina, e la controinteressata ID&A S.r.l., che ha offerto in gara il dispositivo denominato Horus - ID - WSD. In data 24 luglio 2019, nel corso della prima seduta pubblica, il Presidente del seggio di gara, valutata la documentazione amministrativa, ha ammesso tutti i concorrenti ed ha proceduto all'apertura delle offerte tecniche; quindi, *«constata la regolarità della presentazione del "modulo offerta tecnica" di ciascun concorrente»*, ha attribuito *«i punteggi attraverso l'applicazione dei criteri tabellari, nella puntuale osservanza delle prescrizioni indicate al paragrafo 18.1 del disciplinare di gara»* (come risulta dal relativo verbale di gara). Tutte le offerte tecniche formulate dai concorrenti hanno ottenuto il massimo punteggio previsto dal disciplinare per ciascun criterio di valutazione. Al termine delle operazioni di valutazione dell'aspetto qualitativo il Presidente del seggio ha aperto le offerte economiche e stilato la graduatoria finale, che vede classificata al primo posto la controinteressata KGN S.r.l., con un punteggio complessivo pari a 100,00 (di cui 70 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica), al secondo posto la controinteressata ID&A S.r.l., con un punteggio complessivo pari a 99,379 (di cui 70 punti per l'offerta tecnica e 29,379 punti per l'offerta economica) e al terzo posto la ricorrente, con un punteggio complessivo pari a 96,195 (di cui 70 punti per l'offerta tecnica e 26,195 punti per l'offerta economica).

3. La società EMZ con il presente ricorso preliminarmente riferisce che, a seguito di apposite istanze di accesso agli atti, ha rilevato taluni vizi di legittimità nell'attività valutativa svolta dal Presidente del seggio, il quale ha attribuito il massimo punteggio alle offerte tecniche delle controinteressate, sia con riferimento al criterio di valutazione n. 3 (*"fabbisogno energetico"* - max 20 punti), sia con riferimento al criterio di valutazione n. 4 (*"caratteristiche costruttive gusci"* - max 11 punti), sia con riferimento al criterio di valutazione n. 1 (*"numero di operazioni necessarie per il conferimento del rifiuto da parte dell'utente finale"* - max 20 punti). Tali vizi, secondo la ricorrente, hanno alterato l'esito della

gara, perché in assenza dei vizi stessi essa sarebbe risultata aggiudicataria, stante l'esigua distanza tra la propria offerta economica e quelle delle due controinteressate.

4. Dei provvedimenti impugnati la ricorrente chiede, quindi, l'annullamento deducendo le seguenti censure.

I) Violazione dell'art. 18.1 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione degli articoli 16 e 17 della legge provinciale n. 2/2016; violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, come enunciati dall'art. 30, del d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare dei principi di economicità, di efficacia, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza; violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per falso presupposto di fatto, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, ingiustizia manifesta e sviamento di potere.

La ricorrente chiede l'annullamento dei provvedimenti impugnati in via principale e, per l'effetto, di poter conseguire l'aggiudicazione, ribadendo che dall'esame della documentazione acquisita è emersa l'illegittimità dell'operato del Presidente del seggio nell'attribuzione dei punteggi relativi alle offerte tecniche delle controinteressate.

In particolare, quanto al criterio di valutazione n. 3, concernente il "fabbisogno energetico", la ricorrente - premesso che la stazione appaltante, "al fine di garantire l'effettiva autonomia ed il funzionamento continuo della calotta, nonché di migliorarne il sistema di alimentazione ed il relativo bilancio energetico", ha inteso premiare, con l'attribuzione del punteggio massimo relativo al criterio in questione (20 punti), l'offerta di un dispositivo dotato "di un secondo sistema di ricarica (alimentato da fonti rinnovabili e quindi non a batteria)" - sostiene che l'attribuzione del punteggio massimo postula la presenza, nel dispositivo offerto, di due distinti ed autonomi sistemi di ricarica, oltre quello di alimentazione (che in tutti i dispositivi offerti è sempre caratterizzato dall'alimentazione elettrica derivante da batterie). Ciononostante il Presidente del seggio - indotto in errore dalle risposte fornite dalle controinteressate - ha attribuito alle loro offerte il punteggio massimo, malgrado i dispositivi offerti siano privi di un secondo sistema di ricarica alimentato esclusivamente da fonti rinnovabili. Infatti il prodotto denominato Kupolina, offerto dalla KGN è privo di un secondo sistema di ricarica alimentato da fonti rinnovabili, come può evincersi dalla relazione tecnica prodotta in gara dalla stessa KGN, perché si compone di un sistema energetico di alimentazione basato su batterie e da un solo sistema di ricarica (ancorché incentrato sull'impiego di pannelli fotovoltaici). Invece il prodotto denominato UEMUSE 07, offerto dalla ricorrente dispone di due distinti sistemi di ricarica alimentati da fonti rinnovabili (oltre a quello di alimentazione principale), come risulta dalla relazione tecnica prodotta in gara, ove si legge che la ricorrente «ha sviluppato una soluzione innovativa che prevede l'impiego di due forme di autoproduzione di energia. La prima è costituita da un generatore che trasforma in energia elettrica l'energia cinetica prodotta dal movimento dei gusci durante le fasi di apertura e chiusura del dispositivo durante l'effettuazione del conferimento. La seconda invece è costituita da due celle fotovoltaiche che sono posizionate sul guscio del dispositivo e che producono energia sfruttando l'effetto fotoelettrico. L'energia prodotta da queste due fonti di energia rinnovabile e pulita viene immagazzinata in un particolare sistema di accumulo e resa quindi disponibile per il funzionamento del dispositivo». Occorre, quindi, decurtare il punteggio tecnico della KGN di 20 punti, erroneamente attribuiti per il criterio di valutazione n. 3. Analoghe considerazioni valgono per il prodotto denominato Horus-ID-WSD, offerto in gara dalla controinteressata ID&A in quanto, come risulta dal certificato di conformità CE e come emerso nell'ambito di una distinta procedura di gara indetta nell'anno 2019 dalla società

Servizi Ecologici Integrati Toscana S.r.l. (gestore del servizio integrato dei rifiuti urbani nelle province dell'ATO Toscana Sud), tale prodotto non è dotato di alcun sistema di ricarica, ma soltanto del sistema di alimentazione a batterie. Pertanto occorre decurtare anche il punteggio tecnico di ID&A di 20 punti.

Quanto al criterio di valutazione n. 4, concernente le *"caratteristiche costruttive del guscio"*, la ricorrente - premesso che il disciplinare di gara prevede che *"L'offerta sarà valutata rispetto al miglior grado di ingegnerizzazione della soluzione proposta, quale l'assenza di saldature presenti nei gusci"*, con l'attribuzione del punteggio massimo previsto (11 punti) soltanto in assenza di saldature - contesta l'operato del Presidente del seggio perché si è limitato a recepire acriticamente quanto dichiarato dalle controinteressate senza disporre un esame dei campioni dei prodotti offerti. Ciò avrebbe consentito di verificare che i dispositivi offerti dalle controinteressate presentano saldature all'interno del guscio, a differenza di quello offerto dalla ricorrente. Pertanto occorre decurtare il punteggio tecnico di entrambe le controinteressate di ulteriori 11 punti, erroneamente attribuiti per il criterio di valutazione n. 3.

Infine, quanto al criterio di valutazione n. 1, concernente il *"numero di operazioni"*, la ricorrente - premesso che il disciplinare di gara prevede che *"l'offerta sarà valutata sotto il profilo della semplicità di utilizzo del sistema da parte dell'utente, espresso nel minor numero di operazioni da effettuare per il corretto conferimento del rifiuto mediante il dispositivo calotta. Ognuna delle seguenti azioni sarà valutata come una singola operazione: avvicinamento o inserimento del tag nel modulo elettronico; apertura della calotta; conferimento del sacco nella calotta; chiusura della calotta; recupero del tag"*, con l'attribuzione del punteggio massimo (20 punti) soltanto nel caso in cui il numero delle operazioni sia *"uguale o minore a 4 operazioni"* - contesta l'attribuzione del punteggio massimo alla controinteressata ID&A osservando che, come emerge dall'esame della già richiamata relazione tecnica presentata nella gara indetta dalla società Servizi Ecologici Integrati Toscana, il numero delle operazioni necessarie per il conferimento del rifiuto, in caso di utilizzo del dispositivo Horus-ID-WSD, è pari almeno a 5. Pertanto l'offerta tecnica di ID&A avrebbe meritato solo 10 punti, in luogo dei 20 attribuiti dal Presidente del seggio.

In definitiva, secondo la ricorrente, la documentazione prodotta dalle controinteressate (ed in particolar modo quella presentata dalla KGN) è stata esaminata con superficialità e non sono stati richiesti campioni dei prodotti offerti per accertare l'effettiva sussistenza delle caratteristiche dichiarate. Né può ritenersi che le susposte censure eccedano i limiti del sindacato sulla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, essendo volte a far emergere la superficialità e l'irragionevolezza dell'operato del Presidente del seggio. Né tantomeno può ritenersi che il Presidente del seggio fosse tenuto soltanto ad attribuire i punteggi tecnici attenendosi a quanto dichiarato dai concorrenti nei questionari di cui al *"modulo di offerta tecnica"*; infatti la valutazione tecnica non può esaurirsi in un esame meramente documentale perché, aderendo a questa impostazione, ogni operatore economico potrebbe attestare la conformità del prodotto offerto alle caratteristiche richieste dalla *lex specialis*, anche se tale conformità non sussiste.

Ne discende - secondo la ricorrente - che, per effetto del ricalcolo dei punteggi relativi alle offerte tecniche, essa risulterebbe aggiudicataria, collocandosi al primo posto della nuova graduatoria finale con un punteggio complessivo pari a 96,195 (di cui 70 punti per l'offerta tecnica e 26,195 punti per l'offerta economica), mentre la controinteressata KGN sarebbe relegata al secondo posto, con un

punteggio complessivo pari a 69,00 (di cui 39 punti per l'offerta tecnica e 30,00 punti per l'offerta economica), e la controinteressata ID&A al terzo posto, con un punteggio complessivo pari a 58,379 (di cui 29 punti per l'offerta tecnica e 29,375 punti per l'offerta economica).

II) *Violazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione degli articoli 16 e 17 della legge provinciale n. 2/2016; violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, come enunciati dall'art. 30, del d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare dei principi di economicità, di efficacia, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza; violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per falso presupposto di fatto, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, ingiustizia manifesta e sviamento di potere.*

Per il caso in cui non fosse accolto il primo motivo, la ricorrente chiede l'annullamento degli atti impugnati in via subordinata, con conseguente accertamento dell'obbligo della stazione appaltante di procedere all'integrale rinnovazione della gara, lamentando l'illegittimità del combinato disposto degli articoli 16, 18.1 e 18.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui la valutazione dell'offerta tecnica viene articolata su cinque criteri incentrati esclusivamente sul c.d. principio "on/off", senza che venga richiesta ai concorrenti la presentazione di documentazione a corredo dell'offerta tecnica e/o di campioni relativi ai prodotti offerti. Secondo la ricorrente, in caso di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i diversi criteri e sottocriteri previsti per l'attribuzione dei punteggi devono essere strutturati in modo tale da garantire il miglior rapporto qualità/prezzo e stimolare un effettivo confronto concorrenziale sulla qualità delle prestazioni offerte. Invece la previsione di criteri di valutazione incentrati esclusivamente sul principio "on/off", abbinata alla mancata previsione dell'obbligo di allegare documentazione tecnica a corredo dell'offerta, determina - come è avvenuto nel caso in esame - uno snaturamento del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, perché comporta un appiattimento dei punteggi tecnici e un'incidenza quasi totalitaria dell'elemento prezzo ai fini dell'aggiudicazione. In altri termini è illogico affidare al Presidente del seggio il compito di valutare le caratteristiche tecniche dei prodotti offerti dai concorrenti basandosi esclusivamente sulle dichiarazioni dei concorrenti stessi, risultanti dal "modulo di offerta tecnica" - composto da un questionario al quale ciascun concorrente può rispondere senza alcun controllo, sì da poter ottenere l'attribuzione del massimo punteggio previsto per ciascun criterio di valutazione - e prescindendo dall'esame di documentazione tecnica, dalla visione dei campioni dei prodotti offerti e dall'esecuzione di prove. Sono, quindi, illegittime le previsioni degli articoli 16, 18.1 e 18.2 del disciplinare di gara, che hanno consentito a tutti i concorrenti di ottenere il punteggio massimo previsto per l'elemento qualitativo (70 punti), limitandosi a dichiarare che i dispositivi offerti presentano le caratteristiche richieste dalla *lex specialis*.

III) *Violazione degli articoli 77 e 78 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione degli articoli 20 bis e 21 della legge provinciale n. 2/2016; violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, come enunciati dall'art. 30, del d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare dei principi di economicità, di efficacia, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza; violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per falso presupposto di fatto, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, ingiustizia manifesta e sviamento di potere.*

In via ulteriormente subordinata, per il caso in cui fossero ritenuti infondati il primo ed il secondo motivo, la ricorrente eccepisce l'illegittimità dell'art. 4, punto 6, dell'Atto organizzativo dell'APAC

della PAT, secondo il quale *«per le procedura di gara che prevedano, quale criterio di aggiudicazione, l'offerta economicamente più vantaggiosa con elementi di valutazione esclusivamente quantitativi e/o tabellari, l'attribuzione dei relativi punteggi, attraverso l'applicazione delle formule matematiche indicate negli atti di gara, è demandata al Seggio di gara»*. Non esiste, secondo la ricorrente, alcuna norma a livello nazionale o a livello provinciale che consenta alle stazioni appaltanti di derogare alla nomina dell'apposita commissione composta da esperti nel settore oggetto di gara allorché sia prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, neppure laddove i criteri di valutazione delle offerte tecniche siano tutti di tipo quantitativo o tabellari. Del resto le Linee guida ANAC n. 5, recanti *“Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”*, ribadiscono che l'obbligo di nominare l'apposita Commissione giudicatrice sussiste anche quando è prevista *«l'attribuzione di un punteggio tabellare secondo criteri basati sul principio on/off»*.

5. La Comunità della Val Di Sole si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 16 ottobre 2019, eccependo, in via preliminare, il proprio difetto di legittimazione passiva, perché la gara è stata integralmente gestita dall'APAC ai sensi dell'art. 39-bis della legge provinciale n. 3/2006, e chiedendo, in via subordinata, il rigetto delle domande formulate dalla ricorrente.

6. La controinteressata KGN S.r.l. si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 21 ottobre 2019, chiedendo il rigetto delle domande formulate dalla ricorrente. In particolare la controinteressata ha eccepito che il dispositivo denominato Kupolina dispone di due sistemi energetici autonomi, costituiti da batterie e da due pannelli fotovoltaici ad alto rendimento; che nessuna norma preclude alle stazioni appaltanti la possibilità di eseguire la valutazione delle offerte tecniche attraverso criteri numerici e tabellari, basati sulla preventiva determinazione delle caratteristiche del prodotto; che correttamente la stazione appaltante ha ritenuto superflua la nomina della commissione di gara in quanto l'esercizio della discrezionalità tecnico-valutativa si è esaurito nella fase di predeterminazione degli elementi migliorativi del prodotto richiesto.

7. La Provincia di Trento si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 22 ottobre 2019 ha chiesto il rigetto delle domande formulate dalla ricorrente. In particolare la provincia ha replicato che *«il Seggio di Gara non era investito di alcun potere di apprezzamento discrezionale della qualità dell'offerta tecnica, posto che la discrezionalità della valutazione dell'offerta tecnica risultava esercitata ed esaurita dallo stesso disciplinare di gara, né era investito di un accertamento di veridicità della dichiarazione negoziale di offerta delle caratteristiche tecniche migliorative (quanto dichiarato in sede di offerta tecnica vincola il concorrente in sede precontrattuale a pena dell'escussione della garanzia provvisoria e - in caso di aggiudicazione - si traduce in obbligo contrattuale), posto che non era richiesto al Seggio di Gara di effettuare alcun tipo di controllo in merito a quanto offerto dai concorrenti attraverso l'apposito modulo messo a disposizione da parte dell'amministrazione, in quanto la disciplina di gara non richiedeva ai concorrenti di produrre ulteriore documentazione tecnica, a comprova di quanto dichiarato nel modulo da caricare a sistema»*. Inoltre, secondo la Provincia, *«è ragionevole che l'ente aggiudicatore non abbia richiesto la produzione di documentazione a comprova delle caratteristiche tecniche premianti che i concorrenti si sono impegnati a rispettare nell'esecuzione dell'appalto presentando una dichiarazione negoziale di offerta contrattuale, il cui mancato rispetto li esporrebbe all'escussione della garanzia provvisoria ovvero definitiva, al pagamento di penali, alla risoluzione del contratto, al risarcimento per i danni cagionati e alla segnalazione dell'inadempimento ad ANAC»*. Infine la Provincia ha eccepito che la mancata nomina della

Commissione giudicatrice si giustifica in ragione della speciale disciplina posta dall'art. 20-bis della legge provinciale n. 2/2016 (secondo il quale "Il regolamento di attuazione di questa legge disciplina le funzioni della commissione tecnica e del presidente di gara e i requisiti dei componenti di questi organi. Spetta in ogni caso alla commissione tecnica, ove presente, la valutazione dell'offerta tecnica e al presidente di gara l'assegnazione del punteggio all'offerta economica. ...") e del fatto che la stazione appaltante ha scelto di aggiudicare l'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di criteri di natura tabellare.

8. Alla camera di consiglio del 24 ottobre 2019 le parti sono state avvisate della possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata. Quindi il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. La domanda principale - volta a tutelare il c.d. interesse pretensivo principale, ossia l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, e supportata dal primo motivo di ricorso, diretto a dimostrare che una corretta valutazione delle caratteristiche dei prodotti offerti in gara dai concorrenti avrebbe consentito alla ricorrente di collocarsi al primo posto della graduatoria - non può essere accolta alla luce delle seguenti considerazioni.

La valutazione delle offerte tecniche e l'attribuzione dei punteggi rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta all'amministrazione e, quindi, sono inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, in quanto sollecitano il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 cod. proc. amm. (principio consolidato: da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. V, 6 maggio 2019, n. 2893). Diverso è però il caso in cui la valutazione tecnica delle offerte presentate sia affidata all'individuazione della presenza o meno degli elementi specificati nei criteri di valutazione (secondo il metodo di attribuzione dei punteggi c.d. "on/off"); in tal caso, se si manifesta l'incongruità dei punteggi attribuiti dalla commissione giudicatrice, il concorrente interessato ben può invocare il sindacato del Giudice amministrativo: l'inesatta percezione, da parte della commissione giudicatrice, dell'offerta tecnica si risolve infatti in un eccesso di potere per manifesto difetto di istruttoria ed errore sui presupposti, il cui accertamento rientra nella competenza del Giudice amministrativo.

Sulla scorta di tale giurisprudenza la ricorrente chiede a questo Tribunale di accertare l'incongruità dei punteggi tecnici attribuiti alla prima e alla seconda classificata, adducendo che il Presidente del seggio di gara avrebbe erroneamente attribuito tali punteggi perché i prodotti offerti in gara dalle controinteressate non presentano parte delle caratteristiche dichiarate negli appositi questionari compilati dalle stesse controinteressate.

Tuttavia si deve rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2988), dalla quale non v'è motivo per discostarsi in questa sede, nelle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici l'amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate dal bando di gara, che costituisce la c.d. *lex specialis* e che, quindi, non può essere disapplicato, neppure nel caso in cui talune delle regole ivi contenute risultino non conformi allo *ius superveniens*, fatta salva solo la possibilità di agire in autotutela.

Passando al caso in esame, dal combinato disposto degli articoli 16, 18.1, 18.2 e 20 del disciplinare di gara emerge che la valutazione delle offerte tecniche - mediante il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa - è stata strutturata: da un lato, prevedendo l'applicazione del metodo c.d. "on/off" (ossia del metodo in forza del quale, in presenza di un determinato elemento è attribuito un punteggio predeterminato, senza alcuna valutazione discrezionale, mentre in assenza dell'elemento è attribuito un punteggio pari a zero) ai fini dell'attribuzione dei punteggi, da parte del Presidente del seggio di gara, in base a quanto dichiarato dai concorrenti negli appositi questionari; dall'altro, non richiedendo ai concorrenti né la presentazione di documentazione tecnica, a comprova di quanto dagli stessi dichiarato, né tantomeno l'esibizione di campioni relativi ai prodotti offerti, e senza prevedere alcun tipo di verifica e di valutazione da parte di un'apposita commissione giudicatrice (organo che non è stato neppure nominato, in applicazione dall'Atto organizzativo dell'APAC della PAT in epigrafe indicato, ove si prevede che *"per le procedura di gara che prevedano, quale criterio di aggiudicazione, l'offerta economicamente più vantaggiosa con elementi di valutazione esclusivamente quantitativi e/o tabellari, l'attribuzione dei relativi punteggi, attraverso l'applicazione delle formule matematiche indicate negli atti di gara, è demandata al Seggio di gara"*).

In particolare l'art. 16 del disciplinare di gara, relativo all'offerta tecnica e alla documentazione da caricare a sistema come *"allegato tecnico"* - oltre a sancire che l'offerta tecnica *"deve rispettare le caratteristiche minime stabilite dal progetto, pena l'esclusione dalla procedura di gara"* - prevede come documentazione da produrre soltanto il *"modulo di offerta tecnica, redatto secondo il fac-simile allegato D al presente disciplinare"*, nel quale *"il concorrente dovrà indicare le migliorie che intende offrire rispetto alle specifiche e caratteristiche minime contenute nei documenti di gara"*, senza richiedere ai concorrenti di produrre ulteriore documentazione tecnica e/o campioni dei prodotti offerti in gara. L'art. 18.1 del disciplinare, rubricato *"criteri di valutazione dell'offerta tecnica"*, contiene una tabella che prevede cinque distinti criteri di valutazione (*"numero operazioni"*, *"peso della calotta"*, *"fabbisogno energetico"*, *"caratteristiche costruttive gusci"* e *"certificazioni"*), strutturando la valutazione degli aspetti qualitativi sul metodo *"on/off"*. L'art. 18.2 del disciplinare, rubricato *"Metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica"*, prevede l'attribuzione del punteggio tecnico *"automaticamente e in valore assoluto, sulla base della presenza o assenza nell'offerta, dell'elemento richiesto"*, evidentemente dichiarata dal concorrente nell'ambito del predetto *"modulo di offerta tecnica"*. L'art. 20 del disciplinare di gara dispone che, *"Poiché le offerte tecniche sono valutate sulla base di criteri esclusivamente quantitativi e tabellari (cfr. par. 18 del disciplinare), la commissione tecnica non è prevista"*. Tanto premesso, non appare censurabile l'operato del Presidente del seggio, che - attenendosi fedelmente a quanto previsto dal disciplinare di gara - ha attribuito a ciascuna offerta tecnica i punteggi previsti dalla suddetta tabella attenendosi a quanto dichiarato dai concorrenti (nei questionari di cui al *"modulo di offerta tecnica"*) circa il possesso delle caratteristiche indicate nella tabella stessa, senza svolgere alcun ulteriore accertamento volto a verificare quanto dichiarato da ciascun concorrente. Come ben evidenziato dalla Provincia nelle sue difese, *«le disposizioni del disciplinare di gara non solo non prevedevano, ma neppure consentivano, alcuna forma di previa valutazione in merito al contenuto tecnico di quanto offerto dai concorrenti, sia con riguardo al rispetto delle caratteristiche minime previste dalla documentazione di gara ..., che alla miglior offerta»*. Il primo motivo del ricorso, e con esso la pretesa aggiudicazione dell'appalto, sono in conclusione infondati.

2. Ben diverse considerazioni valgono per i restanti motivi di ricorso, con i quali viene dedotto che nel caso in esame la previsione di criteri di valutazione incentrati esclusivamente sul metodo *"on/off"*, abbinata alla mancata previsione dell'obbligo, per i concorrenti, di allegare

documentazione tecnica a corredo dell'offerta e alla mancata nomina, da parte della stazione appaltante, di un'apposita commissione giudicatrice incaricata di verificare quanto dichiarato dai concorrenti, ha prodotto uno snaturamento del previsto criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinando una vera e propria "sterilizzazione" dei punteggi tecnici ed una decisiva incidenza dell'elemento prezzo ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

Al riguardo giova preliminarmente precisare che in questa sede non è in discussione la possibilità di aggiudicare l'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa utilizzando criteri di valutazione incentrati sul metodo "on/off". Del resto l'ANAC nelle Linee Guida n. 2, in materia di "Offerta economicamente più vantaggiosa" (approvate con la delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e aggiornate con la delibera n. 424 del 2 maggio 2018), ha chiarito che «Per le forniture e per taluni servizi, ovvero quando non è necessario esprimere una valutazione di natura soggettiva, è possibile attribuire il punteggio anche sulla base tabellare o del punteggio assoluto. In questo caso, sarà la presenza o assenza di una data qualità e l'entità della presenza, che concorreranno a determinare il punteggio assegnato a ciascun concorrente per un determinato parametro. Anche in questo caso si attribuisce il punteggio 0 al concorrente che non presenta il requisito richiesto e un punteggio crescente (predeterminato) al concorrente che presenta il requisito richiesto con intensità maggiore».

Tuttavia nelle predette linee guida è stato specificato altresì che i criteri di valutazione devono «consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo». Ciò - a ben vedere - è quanto è accaduto nel caso in esame per effetto della combinazione del previsto metodo di attribuzione dei punteggi "on/off" con la mancata previsione dell'obbligo di allegare documentazione tecnica a corredo dell'offerta e con la mancata nomina di una commissione incaricata di verificare quanto dichiarato dai concorrenti. L'impostazione della *lex specialis* ha, di fatto, vanificato la valutazione dell'elemento qualitativo, perché tutti i concorrenti hanno dichiarato il possesso delle caratteristiche richieste per i dispositivi offerti in gara, così ottenendo il massimo punteggio tecnico previsto (70 punti), con l'effetto di trasformare il criterio di aggiudicazione prescelto dalla *lex specialis* in quello del prezzo più basso (perché l'unico elemento determinante per l'aggiudicazione dell'appalto in contestazione è risultato il prezzo offerto da ciascun concorrente) e di rinviare alla fase della stipula e/o dell'esecuzione del contratto la verifica di quanto dichiarato dal concorrente aggiudicatario in merito alle caratteristiche del dispositivo offerto in gara, così unificando due momenti (quello relativo alla gara vera e propria e quello del controllo del prodotto offerto dal concorrente aggiudicatario) che la legislazione in materia di contratti pubblici vuole e tiene autonomi e distinti.

Coglie, quindi, nel segno la ricorrente quando afferma che la *lex specialis* è viziata da eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza, perché la stazione appaltante non ha chiesto ai concorrenti di produrre documentazione tecnica a supporto di quanto dagli stessi dichiarato nei questionari di cui al "modulo di offerta tecnica" ed ha previsto che tutti i punteggi tecnici fossero attribuiti dal Presidente del seggio attenendosi alle caratteristiche tecniche dei prodotti dichiarate dai concorrenti in tali questionari, senza considerare che occorre tenere ben distinte le caratteristiche tecniche che si prestano ad essere oggetto di una mera dichiarazione di possesso da parte dei concorrenti, ai fini dell'attribuzione dei punteggi secondo il metodo "on/off" (si pensi, ad esempio, al possesso di una certificazione ISO) e le caratteristiche tecniche rilevanti solo in quanto adeguate (si pensi, con

riferimento alla fattispecie in esame, alle caratteristiche relative al “*fabbisogno energetico*”, oggetto del criterio di valutazione n. 3), per le quali è imprescindibile una valutazione di natura soggettiva da parte di un’apposita commissione giudicatrice (come dimostra la controversia insorta, nella fattispecie in esame, in merito al punteggio tecnico attribuito all’offerta della controinteressata per il sistema di ricarica del dispositivo denominato Kupolina).

3. Stante quanto precede, la domanda di annullamento proposta in via subordinata dalla ricorrente deve essere accolta e, per l’effetto, devono essere annullati tutti gli atti della procedura selettiva, a partire dagli articoli 16, 18.1, 18.2 e 20 del disciplinare di gara.

4. La reiezione del primo motivo di ricorso comporta la reiezione della domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente, che sconta la mancata dimostrazione della fondatezza della spettanza dell’aggiudicazione e, con essa, dell’ingiustizia del danno.

5. Tenuto conto della novità della questione, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 144/2019 lo accoglie nei limiti indicati in motivazione e, per l’effetto, annulla gli atti della procedura di gara ivi indicati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 con l’intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

Antonia Tassinari, Consigliere