

Il confronto a coppie, la sufficienza della motivazione numerica e la sostanziale intangibilità dei giudizi tecnici.

di Paolo Michiara

Data di pubblicazione: 13-2-2017

1. Nelle gare di appalto, il metodo del confronto a coppie è solamente un metodo attuativo proprio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in virtù del quale ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare. Tale metodo esprime una valutazione relativa alle offerte presentate in gara e se non risulta un uso distorto o irrazionale del metodo stesso non vi è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed in particolare sui punteggi che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara. La motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte. (1)

2. La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici. (2)

(1) Conformi: Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2013 n. 1600.

(2) Conformi: Cons Stato, Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556; id., Sez. III, 7 marzo 2016, n. 921; id., Sez. V, 18 gennaio 2016, n. 120.

Guida alla lettura

E' nuovamente sottoposta alla giustizia amministrativa la questione concernente l'obbligo di motivare o meno le valutazioni tecniche con particolare riferimento all'attribuzione del punteggio. Nel caso di specie il Collegio ha ritenuto, anche in assenza di motivazione, corretto l'operato della Commissione, stante la dettagliata suddivisione del complessivo punteggio assegnato all'offerta tecnica in voci, criteri e sottocriteri, sufficientemente analitici.

In particolare, il punteggio complessivo attribuibile era suddiviso in voci rispetto alle quali erano previsti criteri motivazionali e subpunteggi generalmente non superiori a dieci punti.

La sentenza si pone quindi in linea con la giurisprudenza maggioritaria secondo la quale la motivazione, in questi casi, non sarebbe necessaria. Lo schema riepilogativo redatto da chi ha effettuato il confronto a coppie costituirebbe una griglia idonea a limitare la discrezionalità, ponendo dei “paletti” predeterminati che, in un qualche modo, garantirebbero tanto l'imparzialità quanto la possibilità, per i soggetti lesi, di comprendere le modalità di attribuzione dei punteggi e quindi il merito delle scelte tecniche.

Certo è che, in realtà, specie in materie estremamente specialistiche, l'assenza di motivazione si traduce in una sostanziale incensurabilità / insindacabilità delle scelte tecniche. Ciò in quanto (senza la motivazione) non è dato comprendere l'iter logico argomentativo attraverso il quale i Commissari di gara possano aver ritenuto maggiormente aderente ad un criterio e quindi preferibile un'offerta tecnica rispetto ad un'altra.

Così facendo, e cioè legittimando l'assenza di motivazione, si obbliga, di fatto, chi si ritenga leso a ricostruire in maniera necessariamente arbitraria l'iter logico che si vorrebbe andare a censurare. In questo modo, cioè, nel momento in cui ci sono solamente dei punteggi, il ricorrente non può che cercare di entrare nel merito tecnico della vicenda. Sennonché, come riportato in sentenza: *“la censura, ove vorrebbe sostituire la propria valutazione a quella operata dalla Commissione, impinge nel merito ed è sotto tale profilo inammissibile”*. Sulla problematica in questione si veda anche quanto rilevato da Cass. Civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

Ebbene, considerato che le Pubbliche Amministrazioni non hanno più, nella sostanza, controlli, ne deriva come un sindacato giurisdizionale “debole”, unito al principio della sufficienza della motivazione “numerica”, potrebbe alla lunga creare sacche di impunità e/o inefficienza.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 324 del 2016, proposto dalla Citieffe Srl a Socio Unico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio De Portu, Francesco Tassone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Simone Uliana in

Parma, viale Mentana 92;

contro

Asl 101 – Piacenza, in persona del legale rappresentante p.t. , rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar in Parma Piazzale Santafiora;

Asl 102 - Parma non costituito in giudizio;

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Parma non costituito in giudizio;

Asl 103 - Reggio Emilia non costituito in giudizio;

Azienda Ospedaliera di Reggio Emilia-Arcispedale Santa Maria Nuova non costituito in giudizio;

Asl 104 - Modena non costituito in giudizio;

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Modena non costituito in giudizio;

Aven - Associazione Area Vasta Emilia Nord non costituito in giudizio;

nei confronti di

Unimedical Bio. Tech. Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Porcari, Riccardo Carboni, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar in Parma, Piazzale Santafiora, 7;

per l'annullamento

della Determinazione Dirigenziale n. 235/ABS del 14.11.2016 con la quale risulta esser stata disposta (e limitatamente alla parte relativa a) l'aggiudicazione del lotto 74 "Fissatore esterno articolare di gomito" all'operatore economico "Unimedical Technology Srl";

della comunicazione Prot. n. 76005 del 17.11.2016, con cui il direttore del Dipartimento Tecnico - U.O. Acquisizione Beni e Servizi della Azienda Unità Sanitaria Locale di Piacenza ha reso nota la Determinazione di cui sopra;

dei verbali tutti di gara, ivi compresi i) i verbali (nn. 13 e 14) del 4.10.2016, nella parte in cui, aperte le offerte economiche, risulta esser disposta la aggiudicazione provvisoria del lotto 74 alla controinteressata, nonché ii) il verbale (n. 15) del 14.11.2015, ove si dà atto del superamento della verifica della anomalia; /il) il verbale (n. 10)

del 9.6.2016 nella parte in cui risulta che la Commissione ha attribuito alla controinteressata:

- per l'elemento di valutazione n. 4 "Viti o elementi di presa ossea": punti 10;

- per l'elemento di valutazione n. 6 "Follow up e documentazione scientifica significativa": punti 5;

- un punteggio complessivo (per la parte "qualità") di punti 45/60;

- ogni altro atto adottato in conseguenza della predetta (erronea) attribuzione di punteggio,

e per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove lo stesso venga (o sia stato) stipulato, e con espressa istanza della ricorrente impresa, che qui si esplicita, a voler subentrare nello stesso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 CPA;

e, in via di risarcimento e/o di consequenzialità per il riconoscimento della spettanza, in favore della qui istante Citieffe S.r.l., della aggiudicazione in proprio favore e della acquisizione della commessa di cui trattasi, ovvero

in via subordinata, ove non sia possibile il subentro,

per l'accertamento e la dichiarazione della illegittimità

degli atti impugnati e con riserva della impresa ricorrente di chiedere, con separato giudizio, il riconoscimento del risarcimento per equivalente monetario.

e in via subordinata

dei provvedimenti summenzionati, nonché della legge di gara tutta, nella misura in cui risulta esser stata (illegittimamente) consentita l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche delle imprese concorrenti senza la opportuna e, nel caso di specie, indefettibile motivazione,

e per l'annullamento della gara

facendosi valere l'interesse pretensivo della ricorrente impresa Citieffe alla riedizione della gara stessa (quanto al lotto n. 74 di interesse).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl 101 - Piacenza e di Unimedical Bio. Tech. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 il cons. Anna Maria Verlengia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso, spedito per la notifica il 16 dicembre 2016 e depositato il successivo 23 dicembre, la Citieffe srl impugna l'aggiudicazione alla controinteressata Unimedical Technology Srl" del lotto n. 74 dell'appalto per la "fornitura di materiale vario per osteosintesi e traumatologia" occorrente all'unione d'acquisto tra le aziende associate all'Area Vasta Emilia Nord e, in via subordinata, del bando di gara nella parte in cui consente l'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica senza l'opportuna e indefettibile motivazione.

Espone la ricorrente di avere partecipato alla procedura di gara e di essersi collocata al secondo posto per il lotto in esame con punti 81,22 contro gli 85 della aggiudicataria Unimedical.

In particolare la ricorrente lamenta l'attribuzione del punteggio massimo alla controinteressata per talune caratteristiche (sub 4 e sub 6, rispettivamente, le viti o elementi di presa ossea e il follow up e documentazione scientifica significativa) dei prodotti offerti, benché le stesse risultino prive, a differenza di quelle della ricorrente, delle caratteristiche di cui ai criteri motivazionali indicati all'art. 6 del disciplinare di gara.

Per quanto riguarda la voce sub 4) la legge di gara prevedeva l'attribuzione del punteggio massimo di 10 punti, in considerazione del criterio motivazionale costituito da "diametri, lunghezze, varietà dei materiali ed eventuali rivestimenti".

La ricorrente ha offerto viti ossee con filetto autoperforante, autofilettante e a doppio diametro, di differenti diametri e lunghezze, di differente materiale (per tutti i diametri proposti) e, nello specifico, di acciaio e nichel free, con o senza copertura in idrossiapatite (per ogni diametro proposto).

Tali caratteristiche hanno determinato l'attribuzione del punteggio massimo di 10 punti, al pari, tuttavia di quello attribuito alla controinteressata, benché la stessa avesse offerto viti ossee con filetto a diametro unico, di un unico materiale e segnatamente l'acciaio, prive di alcun rivestimento, ovvero senza quelle caratteristiche che, in base ai criteri motivazionali di gara, potevano giustificare l'attribuzione del punteggio massimo.

Lo stesso sarebbe avvenuto con riguardo alla voce sub 6, "follow up e documentazione scientifica significativa e di comprovata affidabilità", per la quale la Unimedical ha ottenuto il punteggio massimo pur avendo riconosciuto di non disporre di elementi "significativi" per consentire una adeguata valorizzazione dell'elemento in questione.

Di contro, la ricorrente avrebbe indicato numerose referenze scientifiche, specificando i relativi

riferimenti bibliografici ed ulteriori referenze bibliografiche sui prodotti comparativi.

Una diversa e più congrua attribuzione di tali punteggi avrebbe determinato la collocazione al primo posto della graduatoria della Citieffe in considerazione della esigua differenza di punteggio tra la prima classificata e la ricorrente (solo 3,78 punti).

Alla luce di tali incongruenze la ricorrente denuncia l'illegittimità dell'aggiudicazione per eccesso di potere per errore nei presupposti, difetto di istruttoria, violazione e falsa applicazione della legge di gara con riguardo anche all'art. 6 del disciplinare.

In via subordinata, deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 83 d.lgs. 163/2006, atteso che i punteggi attribuiti dalla Commissione Tecnica alle offerte non risultano supportati da alcuna doverosa motivazione e ciò rende incomprensibili le ragioni che hanno indotto la Commissione ad esprimere una certa preferenza e, conseguentemente, il punteggio finale, tanto più che tale preferenza sarebbe stata espressa per una offerta tecnica, quella di Unimedical, le cui caratteristiche non avrebbero consentito l'attribuzione del punteggio massimo non rispondendo ai criteri motivazionali previsti nel disciplinare.

La controinteressata si è costituita il 5 gennaio 2017 con memoria con la quale resiste nel merito.

Il 9 gennaio 2017 si è costituita anche la ASL con memoria.

Alla Camera di Consiglio dell' 11 gennaio 2017, dato avviso alle parti della possibilità di definire la causa con una sentenza in forma semplificata, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato.

Con riguardo al primo motivo con il quale la ricorrente ha contestato l'attribuzione del punteggio per le due voci dell'offerta tecnica relative alle caratteristiche delle viti ossee offerte dalla Unimedical, la suddetta doglianza è infondata.

Contrariamente a quanto assume la ricorrente, le viti offerte dalla controinteressata hanno tutte le caratteristiche di quelle offerte dalla ricorrente, fatta eccezione solo per la copertura in idrossiapatite (per ogni diametro proposto).

Ne consegue che non ricorre, nel caso di specie, alcuno dei vizi sindacabili in questa sede, senza contare che le caratteristiche motivazionali contenute nel bando di gara, all'art. 6, si riferiscono a diametri, lunghezze, varietà dei materiali ed eventuali rivestimenti. Si tratta, all'evidenza, di quattro parametri da valutarsi complessivamente, senza escludere che i caratteri di uno di essi possa compensare l'assenza di rivestimenti indicati come "eventuali".

Non assurge a travisamento o manifesta illogicità avere ritenuto la varietà di materiali e dimensioni delle viti offerte dalla Unimedical (caratterizzate da prodotti tutti nickel free e quindi utilizzabili indifferentemente su tutti i pazienti e di diversi diametri) meritevoli dello stesso

punteggio attribuito alla offerta Citieffe caratterizzata da prodotti che, in aggiunta, sono dotati di particolari rivestimenti, a fronte anche dell'utilizzo provvisorio di dette componenti.

La censura, ove vorrebbe sostituire la propria valutazione a quella operata dalla Commissione, impinge nel merito ed è, sotto tale profilo, inammissibile.

Non trova poi riscontro quanto la ricorrente afferma in ordine alla erronea attribuzione di punteggio per la voce documentazione scientifica e follow up, avendo la ricorrente citato un elenco di centri utilizzatori del materiale proposto oltre ai dati meccanici ed alla documentazione tecnica che ha evidentemente consentito alla Commissione Tecnica di assegnare il punteggio massimo mentre la controinteressata non avrebbe prodotto documentazione alcuna.

A tale riguardo la Commissione di gara, con argomentazioni non sindacabili nel merito in quanto non integranti i vizi di manifesta illogicità, travisamento o difetto di istruttoria, sindacabili in questa sede, avrebbe ritenuto irrilevanti le produzioni documentali di entrambe le partecipanti.

Nel caso di Citieffe la resistente fa presente che le pubblicazioni citate, alcune delle quali riferite ad un periodo antecedente al 2007 e relative a tutti i fissatori esterni, e non solo a quello offerto, non risultano prodotte, ma solo richiamate per titolo ed autore, rendendo così impossibile una valutazione del loro contenuto.

In applicazione, quindi, del metodo del confronto a coppie, la Commissione ha attribuito identico punteggio ad entrambe le concorrenti.

In conformità ai principi affermati dalla giurisprudenza condivisa dal Collegio, nelle gare d'appalto, il metodo del confronto a coppie è soltanto un metodo attuativo proprio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in virtù del quale ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, il quale esprime una valutazione relativa delle offerte presentate in sede di gara e se non risulta un uso distorto o irrazionale di tale metodo non vi è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed in particolare sui punteggi che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con la conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (vedi CdS VI, 19 marzo 2013, n. 1600 e Tar Sardegna I, 16 ottobre 2013, 644).

Premesso che nel caso sub judice la ricorrente ha ricevuto il punteggio massimo consentito per l'offerta tecnica (60 punti) risultando pretermessa, rispetto alla controinteressata, dal punteggio per l'offerta economica, (punti 21,23 rispetto al punteggio 40 per quella economica, non emerge nella valutazione dell'offerta economica alcuno dei vizi sindacabili in questa sede non essendo affetta da manifesta illogicità l'aver ritenuto gli elementi di presa ossea offerti dalle due concorrenti parimenti pregevoli come non risulta illogico non avere tenuto in considerazione i riferimenti bibliografici a documentazione scientifica non prodotta ed avere,

conseguentemente, ritenuto le due offerte, sotto tale profilo di pari valore.

Né, come ragionevolmente dedotto dalla difesa della Stazione Appaltante la ricorrente poteva pretendere che la Commissione intraprendesse ricerche al fine di acquisire e valutare gli studi indicati dalla ricorrente nell'ambito di un appalto di fornitura costituito da 90 lotti, di cui quello in discorso relativo alla acquisizione di fissatori esterni articolari di gomito, essendo onere del partecipante produrre il materiale in argomento.

Il primo motivo, per quanto osservato, va, pertanto, respinto.

Infondato è anche il secondo motivo con il quale si impugna il bando nella parte in cui non prevede la motivazione per l'attribuzione del punteggio.

Il punteggio numerico, da attribuire all'offerta tecnica, è stato articolato in diversi elementi di valutazione per ognuno dei quali sono stati indicati dei criteri motivazionali, così offrendo una sufficiente spiegazione del giudizio formulato per ciascuno di tali elementi e conseguentemente per il complesso della fornitura offerta.

La giurisprudenza, condivisa dal Collegio, è poi consolidata nel ritenere che il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici (in tal senso –ex multis -: Cons Stato, IV, 20 aprile 2016, n. 1556; id., III, 7 marzo 2016, n. 921; id., V, 18 gennaio 2016, n. 120 da ultimo CdS V n. 03911/2016).

Nel complesso la superiorità dell'offerta tecnica di Citiemme emerge chiaramente dal punteggio complessivo massimo consentito (60 punti contro i 45 della Unimedical) confermando che proprio i criteri utilizzati e contestati hanno premiato, sotto tale profilo, l'offerta della ricorrente, penalizzata invece per effetto del prezzo offerto.

Per quanto osservato il ricorso va respinto, perché infondato, al pari delle domande consequenziali di condanna, in mancanza del necessario presupposto della illegittimità degli atti impugnati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna sezione staccata di Parma (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro 1.000 (mille/00) oltre accessori di legge per ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Anna Maria Verlengia, Consigliere, Estensore

Marco Poppi, Consigliere