

## **Parere n.192 del 20/11/2013**

### **PREC 223/13/S**

OGGETTO: Istanza di parere congiunta per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Montevecchia e dalla società EGB Ristorazione & Vending s.r.l. - "Bando di gara per l'appalto del servizio di refezione scolastica anni scolastici 2013/2014 - 2014/2015 - 2015/2016" - Importo a base d'asta € 415.800 - S.A. Comune di Montevecchia (LC).

**Criteri soggettivi di qualificazione e criteri oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta. Divieto commistione.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 14 agosto 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Montevecchia e la società EGB Ristorazione & Vending hanno chiesto un parere in merito alla legittimità della clausola del bando di gara per l'affidamento del servizio in oggetto prevista all'art. 4 (Modalità di espletamento della gara), che al sottoparagrafo "PROGETTO GESTIONALE DEL SERVIZIO EROGATO" sottopone a valutazione qualitativa la quantità di pasti distribuiti dalle imprese partecipanti nel triennio 2010/2011/2012 nell'ambito dei servizi di refezione scolastica, fissando un tetto massimo in 5.000.000 di pasti (a cui vengono attribuiti 8 punti su 8) ed assegnando via via un punteggio inferiore (attraverso l'applicazione di una formula matematica) alle imprese con un numero di pasti dichiarato inferiore al predetto tetto massimo.

Il criterio di selezione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società EGB Ristorazione & Vending s.r.l. non ha partecipato alla gara che è stata aggiudicata in via provvisoria all'unico concorrente offerente ditta SER.CAR Ristorazione Collettiva s.p.a.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 4 ottobre 2013, sono pervenute memorie del Comune di Montevecchia.

### **Ritenuto in diritto**

La questione che viene qui in rilievo riguarda la legittimità della previsione dell'art. 4 del bando di gara (Modalità di espletamento della gara), che al sottoparagrafo "PROGETTO GESTIONALE DEL SERVIZIO EROGATO", sottopone a valutazione qualitativa la quantità di pasti distribuiti dalle imprese partecipanti nel triennio 2010/2011/2012 nell'ambito dei servizi di refezione scolastica, fissando un tetto massimo in 5.000.000 di pasti (a cui vengono attribuiti 8 punti su 8) ed assegnando via via un punteggio inferiore (attraverso l'applicazione di una formula matematica) alle imprese con un numero di pasti dichiarato inferiore al predetto tetto massimo.

Preliminarmente, si osserva - come correttamente sostenuto dalla società istante - che la procedura di gara in oggetto rientra tra i c.d. "contratti esclusi" di cui all'Allegato II B del Codice dei Contratti (D.Lgs. 163/2006). Come noto, con riferimento a tale tipologia di contratti, la Stazione Appaltante può prescindere dall'applicazione di tutte le clausole previste dal Codice dei Contratti per le procedure di gara per l'affidamento di servizi e forniture (artt. 20, 27 e 55). Ciò nonostante, come espressamente previsto dall'art. 27 del Codice (a cui il Bando di Gara in questione fa esplicito riferimento), anche in queste gare di appalto l'affidamento dei servizi e delle forniture dovrà comunque avvenire "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità".

Sostiene la società istante che, nel caso di specie, sono proprio tali principi di ordine generale (in particolare quelli di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità) ad essere stati violati dalla Stazione Appaltante, la quale ha inserito nel Bando di Gara una previsione altamente lesiva della concorrenzialità tra le imprese potenzialmente partecipanti alla procedura nonché del tutto sproporzionata alle dimensioni e all'oggetto del servizio da affidare.

La censura è fondata.

Infatti, si osserva che il criterio di valutazione introdotto nell'art. 4 del bando rappresenta in realtà un vero e proprio requisito di capacità tecnico-professionale, così come previsto dall'art. 42 del Codice dei Contratti, il quale può essere richiesto dalle Stazioni Appaltanti unicamente come requisito di partecipazione e di ammissione alla gara e non anche come elemento oggetto di valutazione qualitativa. A tal proposito, si evidenzia come, alla stregua di una consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, costituisca certamente principio regolatore delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di capacità tecnica e professionale (come quello in esame) e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato Sez. III, 18-06-2012, n. 3550; in senso conforme AVCP prec. 256/12).

La giurisprudenza (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 04-10-2011, n. 5434), infatti, è costante nell'affermare che "Conformemente alla pertinente giurisprudenza comunitaria deve ritenersi che costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini

dell'aggiudicazione. Detto canone operativo, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione. La giurisprudenza degli anni più recenti ha applicato il richiamato principio in modo non meccanicistico, temperandone la portata applicativa quante volte il singolo requisito di partecipazione, pur se coinvolgente le caratteristiche soggettive dell'offerente, sia nondimeno idoneo ad essere apprezzato quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, come elemento, cioè, incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e quindi come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta " ( cfr. in termini Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971).

Come è stato autorevolmente osservato, quindi, non sempre è agevole tenere separati i due criteri considerati (quello oggettivo di valutazione dell'offerta e quello soggettivo relativo alla capacità tecnica e professionale del concorrente), poiché i profili di organizzazione soggettiva possono anche essere idonei a riflettersi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Ne deriva che quando gli aspetti organizzativi non sono apprezzati in modo autonomo, avulso dal contesto dell'offerta, ma quale elemento idoneo ad incidere sulle modalità esecutive del servizio specifico e, quindi, quale parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta, il principio non risulta violato ( Cons. Stato, Sez., VI, 15 dicembre 2010, n. 8933 ).

Nella fattispecie in esame, tuttavia, il tetto di pasti richiesto attiene propriamente ed esclusivamente alla capacità tecnico-organizzativa e non doveva pertanto essere assunto a parametro di valutazione dell'offerta tecnica, determinandosi altrimenti quella indebita commistione che i principi di derivazione comunitaria sopra riportati mirano a scongiurare.

Sul tema è importante considerare anche quanto sostenuto da questa Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici nella determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 ("Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture"), la quale ricorda come "La CGUE ha esplicitamente sottolineato l'importanza del principio di non discriminazione, che è alla base di altri principi, quali la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento. Sulla base delle indicazioni sopra delineate, non sono utilizzabili per esempio: i requisiti che attengono all'esperienza professionale acquisita dal concorrente (curriculum, licenze, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili, ecc.); le referenze in ordine a servizi analoghi prestati;...".

Censura, poi, la società istante l'art. 4 del bando di gara anche nella parte in cui indica un tetto massimo di pasti in ben 5.000.000 di pasti (a cui vengono attribuiti 8 punti su 8) che risulta eccessivo e sproorzionato.

Anche questa censura è fondata. Infatti, questo tetto massimo fissato dalla Stazione Appaltante è senz'altro inconferente e sproorzionato rispetto all'oggetto e alle dimensioni dell'appalto se si ha riguardo alla fornitura di pasti per gli anni scolastici 2013/2014-2014/2015 e 2015/2016 per un numero presunto di 33.000 pasti annui (pari pertanto a 99.000 pasti complessivi per tutta la durata contrattuale) ed un importo complessivo nel triennio di € 415.800,00.

Infatti, per poter ottenere il numero massimo del punteggio previsto per tale particolare parametro di valutazione, ciascuna impresa dovrebbe dimostrare di aver realizzato un numero di pasti nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando ben 50 volte superiore al numero di pasti presunti per l'interno appalto.

In merito l'orientamento giurisprudenziale è ormai consolidato nel ritenere che "la scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è connotata da ampia discrezionalità, ma deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto" (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2012, n. 1150).

Conseguentemente, la clausola del bando qui in esame deve essere considerata illegittima.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'art. 4 del bando di gara di cui in oggetto sia illegittimo.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2013

Il Segretario: Maria Esposito