

Parere n. 142 del 20/07/2011

PREC 84/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società QUI! Group S.p.A. - " *Procedura aperta per l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione dei titoli di assegnazione della Dote Scuola per gli anni scolastici 2011/2012 e 2012/2013*" - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 1.750.000,00 (IVA esclusa) - S.A.: Regione Lombardia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 4 aprile 2011 la Società QUI! Group S.p.A. ha contestato la legittimità della *lex specialis* della gara per l'affidamento del servizio in oggetto, per i seguenti motivi:

A. violazione dei principi desumibili dalla determinazione di questa Autorità n.9 del 22 dicembre 2010, per quanto concerne la previsione, tra i " *requisiti di partecipazione*", della realizzazione nel triennio 2007-2008-2009 di " *servizi analoghi a quelli oggetto della gara*";

B. illegittimo vantaggio attribuito all'attuale fornitore del servizio, in relazione al requisito di partecipazione, fatto consistere in un fatturato specifico maturato nel settore ed ai criteri di aggiudicazione previsti dall'art.7 del disciplinare;

C. violazione dei limiti interni della discrezionalità per asserita genericità dei criteri di aggiudicazione;

D. illegittimità del criterio di aggiudicazione denominato " *organizzazione aziendale*";

E. recessività dell'offerta economica rispetto all'offerta tecnica, in virtù dell'asserita ingiustificabile eccedenza del punteggio attribuito alla seconda (max 70 punti su 100) rispetto a quello attribuito alla prima (max 30 punti su 100);

F. violazione dei principi desumibili dall'anzidetta determinazione di questa Autorità, anche per quanto concerne la determinazione dell'importo a base d'asta.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 28 aprile 2011, la S.A. ha prodotto in data 9 maggio 2011 le proprie deduzioni, delle quali si darà partitamente conto in parte motiva.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto di esame concerne la legittimità della *lex specialis* predisposta dalla Regione Lombardia per l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione dei titoli di assegnazione della Dote Scuola per gli anni scolastici 2011/2012 e 2012/2013 per le ragioni riportate in fatto.

Esaminando partitamente le questioni poste con la richiesta di parere in epigrafe, anche alla luce delle puntuali controdeduzioni svolte in merito dalla S.A., e tenuto altresì conto dell'evocata determinazione n.9 del 22 dicembre 2010 di questa Autorità, si osserva quanto segue.

Preliminarmente vale rilevare che l'iniziativa di sostegno sociale sottesa all'appalto in oggetto è riconducibile alla tipologia dei c.d. " *buoni scuola o voucher formativi*", di cui alla citata determinazione di questa Autorità. Sulla base della distinzione operata in detta determinazione deve ritenersi che la fattispecie all'esame sia riconducibile alla tipologia dei *voucher* sociali, per i quali è lo stesso appaltatore che procede all'individuazione dei soggetti che entrano a far parte del *network* o filiera di soggetti accreditati, le cui prestazioni hanno natura commerciale, consistendo nella vendita di beni e servizi all'utenza e nei cui confronti sussiste, pertanto, la possibilità di richiedere commissioni o sconti sul valore nominale dei titoli.

Le attività richieste dalle stazioni appaltanti nei bandi di gara relativi a tale tipologia di *voucher*, come quella in esame, possono quindi comprendere prestazioni di natura logistica e/o gestionale - con particolare riferimento alla costituzione ed alla gestione del *network* - come tali ponderabili discrezionalmente - salvi i noti limiti di congruenza, ragionevolezza e proporzionalità - adoperando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il profilo di censura sub A) concerne la asserita illegittimità del bando di gara nella parte in cui richiede, per il possesso della capacità tecnica necessaria all'espletamento del servizio in parola, "la realizzazione nel triennio 2007-2008-2009 di " *servizi analoghi a quelli oggetto della gara*" e precisamente: " *gestione di titoli per l'accesso all'acquisto di beni e servizi di natura sociale,*

culturale e professionale, in sostituzione di interventi economici", per un importo non inferiore complessivamente a Euro 200.000,00 al netto dell'IVA".

Al riguardo si richiama la citata determinazione dell'Autorità che con specifico riguardo al settore in esame, per quanto concerne la capacità economica e finanziaria del potenziale contraente prestatore dei servizi in parola, attesa la novità di questi ultimi, raccomanda di non *"porre come requisito di partecipazione un fatturato specifico maturato nel settore"*, in quanto tale requisito rischia di *"determinare una barriera all'ingresso nel nuovo mercato, restringendo di fatto la concorrenza"*. Detto in termini meglio conferenti alla questione sottesa all'istanza di parere in oggetto, la determinazione raccomanda di non porre come requisito di partecipazione il fatturato maturato nello specifico settore, ma di tener conto della prestazione di *"servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto"*, commisurati al valore stimato di esso, in modo da *"favorire l'ingresso di imprese che hanno maturato esperienze affini alle prestazioni oggetto del contratto da affidare, garantendo comunque alla stazione appaltante una corretta gestione della complessa attività organizzativa ed operativa presupposta dalla regolare esecuzione delle prestazioni in siffatti contesti"*.

A tal proposito, dalle puntuali deduzioni della S.A. si ricava che nel caso di specie *"sono stati considerati, anche nell'ottica di una più ampia tutela della concorrenza, in coerenza ai principi stabiliti dalla determinazione n.9 del 22 dicembre 2010, anche i servizi relativi alla gestione di titoli sostitutivi dei servizi di mensa, peraltro core business di attività della società istante"*, e ciò può ritenersi esaustivo delle invocate garanzie di concorrenza, tant'è che l'impresa istante risulta essere stata ammessa alla gara sulla base dei requisiti di capacità tecnica e professionale vantati.

Ugualmente è a dirsi per ciò che concerne il richiesto fatturato globale che per il triennio 2007, 2008, 2009 non deve essere complessivamente inferiore a *1.000.000,00 Euro (unmilione/00) al netto dell'IVA ..."*. Tale requisito, secondo quanto affermato dalla stazione appaltante, si è reso necessario per garantire un'adeguata qualificazione dei soggetti concorrenti alla procedura di gara in questione ed è stato, tra l'altro, ampiamente dimostrato dall'istante con riferimento al fatturato afferente ai servizi di ristorazione.

Analoghe considerazioni valgono anche a riguardo dei "criteri di aggiudicazione" previsti dall'art.7 del disciplinare, per i quali la ditta istante obietta che l'attribuzione di un punteggio (max 6 punti su 70, attribuibili alla progettazione e organizzazione del servizio) alla *"diffusione capillare della rete di erogatori dei servizi"*, di cui al punto 1.5, si porrebbe in contrasto con la sopra citata determinazione di questa Autorità - nel punto in cui afferma che *"ai fini del possesso della rete di esercizi convenzionati eventualmente richiesto nell'ambito degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è opportuno che la stazione appaltante non consideri la rete degli operatori di cui la società emittitrice dispone al momento della presentazione dell'offerta, bensì richieda l'assunzione, da parte del concorrente, dell'impegno all'attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione fissato in sede di bando a pena di decadenza dell'aggiudicazione"* - specie considerando come l'attuale fornitore del servizio in scadenza goda del vantaggio di aver costituito la rete capillare di cui sopra.

Al riguardo, dalle puntuali deduzioni della S.A. si inferisce che la garanzia sopra espressa - in termini di mera opportunità - da questa Autorità sarebbe stata adeguatamente soddisfatta, come espressamente chiarito ai concorrenti, mediante l'impegno di *"fissare un termine, successivo all'aggiudicazione provvisoria e comunque anteriore alla stipula del contratto, entro il quale il concorrente risultato affidatario dovrà presentare, a pena di decadenza dall'aggiudicazione stessa, congrua documentazione volta a comprovare quanto dichiarato in sede di offerta tecnica in merito al numero ed alla localizzazione degli operatori commerciali che si impegneranno all'affiliazione nella rete commerciale dell'appaltatore, al fine di garantire un adeguato servizio quantitativo e qualitativo su tutto il territorio regionale"*.

Per quanto concerne, poi, il criterio denominato *"organizzazione aziendale"* (punteggio max 8 punti su 70), relativo all'offerta tecnica e ritenuto illegittimo dall'istante in quanto *"preordinato a premiare i requisiti soggettivi dell'attuale fornitore nonché impresa di maggiori dimensioni operante nel settore specifico e in quelli analoghi e non gli elementi oggettivi dell'offerta"*, vale precisare che allo stato degli atti e alla luce delle deduzioni fornite dalla stazione appaltante, il criterio in argomento e la relativa ponderazione appaiono esenti da censure di irragionevolezza ed arbitrarietà. Infatti, il requisito della "Organizzazione aziendale" non si riferisce alle dimensioni delle imprese concorrenti, bensì all'organizzazione dello staff impegnato nell'erogazione del servizio oggetto dell'appalto, con particolare riferimento al numero di risorse, attività, profili e formazione professionale e competenze specifiche sul tema dell'istruzione e in materia informatica, desumibili anche dai rispettivi *curricula vitae*.

Viceversa, per quanto concerne la manifesta recessività del peso attribuito all'offerta economica (max 30 punti rispetto ai 70 attribuibili all'offerta tecnica) di cui al punto E. riportato in fatto - fermo restando il compito delle amministrazioni aggiudicatrici di apprezzare la presenza di particolari esigenze legate ad un consistente miglioramento qualitativo dei propri servizi e di definire, in funzione di dette esigenze, il peso del fattore economico - si intravedono sintomi di illogicità nella scelta di riconoscere una accentuata prevalenza agli aspetti qualitativi delle offerte.

Tanto deve affermarsi, in linea di principio, in assenza di più puntuali riferimenti idonei ad affrancare la censura, con riguardo al criterio dell'organizzazione del servizio e del suo esercizio, trattandosi di voci che involgono l'apprezzamento anche dei profili concernenti l'efficienza qualitativa, nell'interesse pubblico, delle prestazioni rese.

Vero è, infatti, che il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non prevede il prezzo come elemento decisivo al fine dell'individuazione dell'offerta aggiudicataria; nondimeno, tale sistema indica pur sempre, nel prezzo, uno degli elementi da considerare ai fini della scelta del contraente, e ciò allo scopo di garantire che quest'ultima avvenga sulla base di un giusto contemperamento tra il peso che si deve riconoscere all'offerta tecnica, vale a dire alla soluzione tecnica prospettata, e quello che deve essere riconosciuto all'offerta economica, vale a dire al prezzo che si intende corrispondere.

È nel giusto contemperamento tra queste due componenti, infatti, che l'aggiudicazione può avvenire secondo i parametri "più convenienti" per l'amministrazione appaltante atteso che, diversamente operando, si tradisce lo spirito del meccanismo indicato nell'articolo 83 del D.Lgs. n.163/2006. Pertanto, sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, nelle gare con il sistema di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa non può essere negata, in linea di principio, la garanzia dell'equilibrato rapporto qualità-prezzo (CdS Sezione V, 16 marzo 2005, n. 1079), anche al fine di evitare un ingiustificato svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta.

È stato al riguardo precisato che è illegittimo per contraddittorietà il criterio che riduca l'effettivo divario di punteggio assegnabile all'offerta economica, fino a rendere quest'ultima scarsamente significativa ai fini dell'individuazione del vincitore della gara (V. Sez. V n. 5196/2005).

Pertanto, nel caso di specie, la *lex specialis* di gara si pone, in linea di principio, in violazione della suddetta garanzia.

Ad avviso di questa Autorità, una scelta siffatta - in mancanza di precise e puntuali giustificazioni da parte della S.A. - appare illogica e contraddittoria poiché finisce per svilire ingiustificatamente una delle voci più significative per l'assegnazione dell'appalto, determinando una situazione per cui, già all'esito delle operazioni necessarie per l'assegnazione del punteggio all'offerta tecnica, la Commissione giudicatrice è nella condizione di definire sostanzialmente l'esito della gara, pervenendo alla individuazione del vincitore.

Dalle deduzioni fornite al riguardo dalla S.A. è dato solo evincere che l'espressa esclusione di offerte economiche pari a zero corrisponde, in concreto, all'esigenza di evitare la sostanziale inapplicabilità della formula matematica per il computo del punteggio per l'offerta economica.

In ragione di ciò, con sentenza n. 4624 del 2010, la V Sezione del Consiglio di Stato ha da ultimo escluso, in particolare, la possibilità di una correzione dell'offerta da parte della Commissione secondo un criterio di ragionevolezza, teso a consentire di sostituire il prezzo 0 con un prezzo infinitesimale (0,001), idoneo a permettere il funzionamento della formula matematica determinando diversi punteggi per l'offerta economica, senza però comportare un diverso esito della gara.

Sul punto, la V Sezione ha motivato la sua decisione osservando anzitutto che le offerte dei partecipanti a pubbliche gare non possono essere modificate dalla Commissione di gara alla luce di non meglio precisati criteri di ragionevolezza, con la conseguenza che, se dette offerte integrano clausole espresse di esclusione o si pongono in palese contrasto con le regole della gara, la Commissione non ha margini di discrezionalità e soprattutto non ha poteri officiosi per correggere le offerte, ma deve procedere alla esclusione.

Da ultimo, con riferimento all'asserita violazione dei principi fissati da questa Autorità nella determinazione sopra citata, quanto alla "*definizione dell'importo a base di gara*", la S.A. ha avuto modo di precisare che il valore complessivo dell'appalto "*è stato determinato in via presuntiva sulla base dei ricavi medi annuali desunti dai precedenti contratti e derivanti dall'applicazione della percentuale minima di aggio prevista nel capitolato di gara da applicarsi da parte dell'appaltatore alla rete degli esercizi commerciali convenzionati*" ed ha giustamente rilevato, al riguardo, che l'istante "*erroneamente considera quale elemento di base d'asta, e quindi introito, quello che invece è il valore complessivo dei buoni emessi a favore dei beneficiari, ma che non può, neppure in via ipotetica, costituire introito per l'aggiudicatario*".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

Ritiene che la *lex specialis* della gara in oggetto non sia conforme alla normativa di settore, nei limiti di cui in motivazione.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito