

## Parere n.15 del 08/02/2012

PREC 277/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Società LAVORINT S.p.A. - " *Procedura aperta per la somministrazione di lavoro temporaneo per refezione per il biennio scolastico 2011/2013* " - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo complessivo lordo : € 279.941,67 oltre IVA - S.A.: Comune di Maddaloni.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 21 ottobre 2011 è pervenuta la prefata istanza di parere, con la quale la Società LAVORINT S.p.A. contesta alla S.A. di aver operato una inammissibile commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione per l'assegnazione del punteggio, in ordine ai seguenti punti della disciplina di gara:

- Disciplinare di gara, art. 6 " *Criteri di valutazione* ", punto 1e " *Fatturato dell'impresa* ";
- Capitolato Speciale d'Appalto, art. 6 " *Aggiudicazione del servizio* " per la parte relativa all' " *elemento fatturato* ".

A parere dell'istante, la predisposizione in siffatti termini della disciplina di gara darebbe luogo ad un trattamento discriminatorio in danno delle imprese di minori dimensioni.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 1° dicembre 2011, la S.A. ha confermato la legittimità del proprio operato, osservando che il bando di gara stabilisce i criteri di assegnazione dei punteggi in maniera chiara ed esaustiva, senza quindi operare alcuna discriminazione.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del bando di gara indetto dal Comune di Maddaloni, che la società LAVORINT S.p.A. contesta per le ragioni evidenziate in fatto.

Al riguardo, vale preliminarmente osservare che la disciplina di gara (art. 6 " *Criteri di valutazione* ", punto 1e) effettivamente include tra gli aspetti qualitativi dell'offerta tecnica meritevoli di punteggio il " *Fatturato dell'impresa* " (punti max 10 su 60), così come l'art. 6 del Capitolato Speciale d'Appalto, contempla il criterio relativo all' " *elemento fatturato* " ai fini dell' " *Aggiudicazione del servizio* ". Dalla disamina della *lex specialis* deve quindi inferirsi che la stazione appaltante ha attribuito rilievo al fatturato quale criterio di valutazione della qualità dell'offerta tecnica, ancorché questo sia un profilo tradizionalmente riservato alla qualificazione dell'impresa alla gara. Sul punto si registra il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui " *risultano indebitamente inclusi, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi, anche comunitari, ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione ed i criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio (vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo), donde la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare* " (cfr. T.A.R Emilia Romagna Parma, sez. I, 31 gennaio 2011, n. 32).

Eppure, non può configurarsi una netta cesura tra i due profili, l'uno correlato alla qualità dell'offerta, l'altro alla qualificazione dell'impresa, secondo l'autorevole insegnamento del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa, il quale avverte che, " *fermo restando la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nello scegliere i criteri che intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, non sono consentiti "criteri di aggiudicazione" che non siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi* ".

Infatti, aggiunge il Collegio, " *la previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima soltanto nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa*

*possano illuminare la qualità dell'offerta* " (C. Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

D'altra parte la stessa Autorità si è in tal senso pronunciata, sostenendo (cfr. deliberazioni n. 209 del 27/6/2007 e n. 30 del 6/02/2007) che "la stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Detta confusione, infatti, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale di riferimento, che pongono una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Nel confermare il principio sopra riportato, l'Autorità ha evidenziato che il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, conosce un'applicazione per così dire "attenuata" solo quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano, come nel caso di appalti di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria dove l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un " *facere*" e dove, pertanto, anche la pregressa esperienza del professionista che partecipa alla gara può essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica (cfr. *parere n. 5 del 14/01/2010*).

La soluzione del quesito, pertanto, non va escogitata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando, nel caso di specie, la eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione del fatturato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra l'importo del primo e la grandezza della seconda. Vale allora osservare che il servizio oggetto dell'appalto consiste nella " *somministrazione di lavoro a termine e mira ad individuare la società o impresa - appaltatrice - che provveda alla realizzazione del servizio consistente nella fornitura al Comune di figure professionali ascrivibili alle categorie A1 e B3 (del Contratto Collettivo degli Enti Locali), da impiegarsi, con la forma del contratto di lavoro temporaneo, nelle mansioni proprie della categoria e della posizione economica* " (cfr. punto II.1.6 del bando di gara).

Or dunque, pur dovendosi rilevare che il punteggio relativo al fatturato dell'impresa non ha un peso predominante nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica (10 punti, su 60 complessivi), la prestazione (somministrazione di lavoro temporaneo) non evidenzia un servizio connotato da particolari conoscenze tecniche od organizzative nelle quali possa aver giocato un ruolo determinante la pregressa esperienza professionale (in termini, C. Stato, n. 837 cit.).

Del resto, volendo rintracciare anche sul piano normativo una conferma a tale orientamento, giova richiamare l'art. 83 del Codice che, nel delineare i criteri di valutazione dell'offerta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che gli elementi di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, fornendo altresì una loro elencazione, ancorché a titolo esemplificativo.

Si tratta di elementi qualitativi dell'offerta e non di caratteristiche soggettive dell'offerente.

Va quindi conclusivamente affermato che, nell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica, il criterio consistente nell'assegnare rilievo anche alla quantità del fatturato pregresso, può facilmente operare come fattore limitativo della concorrenza sfavorendo, oltre il ragionevole, l'entrata nel mercato di imprenditori nuovi o comunque di non rilevanti dimensioni.

In base a tutto quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia, Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario: Maria Esposito