Parere n.163 del 9/10/2013

PREC 169/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società S.D.R. s.r.l. "Affidamento del servizio di refezione scolastica per il periodo - settembre 2013 - agosto 2017" - Importo a base di gara € 996.000,00 - S.A.: Comune di Pecetto Torinese (TO).

Commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 giugno 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la società S.D.R. s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della clausola del disciplinare di gara (punto 14 "Criterio di aggiudicazione" sub b. 2)) che prevede l'assegnazione del punteggio fino a 10, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica, per "le modalità organizzative del processo di produzione e distribuzione al fine di perseguire il contenimento dei consumi energetici, delle risorse ambientali e la progressiva e significativa riduzione dei rifiuti e possesso di certificazioni in materia ambientale, etica e sicurezza alimentare", nella parte in cui è previsto il possesso di certificazioni in materia ambientale, etica e di sicurezza alimentare che secondo la società istante dovrebbe essere un requisito soggettivo da valutarsi ai fini della partecipazione alla gara.

Più specificamente, la S.D.R. s.r.l. sostiene che "il possesso di certificazioni in materia ambientale, etica e sicurezza alimentare", richiesto nel disciplinare per la valutazione dell'offerta tecnica, rappresenta un criterio soggettivo di qualificazione tecnica e professionale dei concorrenti in contrasto con l'art. 83, comma 1, D.lgs n. 163 del 2006 che, nell'elencare gli elementi che possono essere presi in considerazione ai fini della valutazione delle offerte, prevede esclusivamente elementi oggettivi che attengono al contenuto dell'offerta e non aspetti che riguardano le caratteristiche soggettive.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 18 luglio 2013, è la stazione appaltante e la società coop. a r.l. Camst, controinteressata in quanto aggiudicataria provvisoria, hanno ribadito la legittimità della clausola in contestazione sull'assunto che nel caso di specie la commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta non sussisterebbe in quanto i criteri di valutazione in esame attengono, o comunque sono connessi, a specifici aspetti qualitativi dei servizi richiesti e si riferiscono espressamente a profili oggettivi.

La stazione appaltante, inoltre, ha precisato che "la ditta, compilando e sottoscrivendo la domanda di ammissione alla gara ha accettato integralmente, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel capitolato speciale di appalto (compresi i relativi allegati) e negli altri documenti di gara.

Ritenuto in diritto

La questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità della clausola del disciplinare di gara (punto 14 "Criterio di aggiudicazione" sub b. 2)) che prevede l'assegnazione del punteggio fino a 10, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica, per "le modalità organizzative del processo di produzione e distribuzione al fine di perseguire il contenimento dei consumi energetici, delle risorse ambientali e la progressiva e significativa riduzione dei rifiuti e possesso di certificazioni in materia ambientale, etica e sicurezza alimentare", nella parte in cui è previsto il possesso di certificazioni in materia ambientale, etica e di sicurezza alimentare che dovrebbe essere invece un requisito soggettivo da valutarsi ai fini della partecipazione alla gara.

Preliminarmente, occorre osservare con Cons. Stato Sez. VI Sent., 18-09-2009, n. 5626, che "La presentazione di una domanda di partecipazione ad una gara d'appalto non comporta, per l'impresa partecipante, l'acquiescenza al bando di gara, discendendo al contrario l'interesse ad impugnare tale atto proprio in conseguenza dell'ammissione alla procedura per l'affidamento dell'appalto".

Pertanto può senz'altro riconoscersi, contrariamente a quanto affermato dalla stazione appaltante, un interesse dell'istante a proporre la presente istanza di parere all'Autorità.

Nel merito, l'art. 83 D.Lgs. 163/2006 stabilisce che "1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti".

Come è noto, i criteri di valutazione previsti nel bando devono essere sempre elaborati con

riferimento all'offerta e non all'azienda concorrente in quanto tale. (cfr. A.V.C.P., determinazione 24 novembre 2011 n. 7). E i requisiti di natura soggettiva che attengono alle capacità economiche, finanziarie e tecniche dei concorrenti possono essere presi in considerazione per l'ammissione alla gara, ma non possono essere applicati per la selezione delle migliori offerte, dovendo queste essere valutate esclusivamente sulla base del loro contenuto qualitativo pertinente all'oggetto dell'appalto, secondo le esemplificazioni contenute nell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, e con l'esclusione delle qualità soggettive dei concorrenti (cfr., sui limitati margini di deroga a tale principio, A.V.C.P., determinazione 24 novembre 2011, n. 11). L'offerta tecnica deve essere valutata in base a criteri che abbiano una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che siano idonei a misurarne il valore, ciò che esclude che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente. Pertanto il *curriculum* dell'impresa, il possesso di licenze o certificazioni di qualità, la disponibilità di risorse aziendali, l'aver prestato servizi o lavori analoghi ed in generale le competenze e le referenze sono fattori che possono essere utilizzati come criteri di ammissione alla gara, ma non devono essere presi in considerazione nella valutazione qualitativa dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr., tra molte, Corte Giust. CE, 24 gennaio 2008, in C-532/06, *Emm. Lianakis AE*; Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2009 n. 2147). Il principio generale che presiede all'applicazione del divieto in esame esige la distinzione tra requisiti di natura soggettiva, richiesti ai concorrenti per partecipare alle gare, e criteri oggettivi, applicati per la valutazione e la selezione della migliore offerta.

Da quanto sopra emerge che l'attribuzione, come nel caso di specie, di un determinato punteggio ai concorrenti in possesso di certificazioni in materia ambientale, etica e di sicurezza alimentare non appare in concreto giustificata dalle caratteristiche dell'appalto e configura la violazione del principio di separazione tra i requisiti soggettivi delle imprese e gli elementi oggettivi di selezione delle offerte.

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola prevista al punto 14 "Criterio di aggiudicazione" del disciplinare di gara sia illegittima nella parte in cui prevede il possesso di certificazioni in materia ambientale, etica e di sicurezza.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2013

Il Segretario: Maria Esposito