

Parere n.166 del 23/10/2013

PREC 47/13/L

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 SJLES s.r.l. - Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di "Sistemazione di un'area attrezzata a centro polivalente" - I lotto esecutivo - Importo a base d'asta € 962.883,71 - S.A.: Comune di Desulo (NU).

Artt. 83 del D.Lgs. n.163/2006 e 120 del D.P.R. n.207/2010 - Aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Criteri di attribuzione dei punteggi

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 24 gennaio 2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale la società SJLES s.r.l., con riferimento all'appalto in oggetto indicato, aggiudicato provvisoriamente alla società P.S. Costruzioni srl, sostiene che la Commissione di gara sia incorsa in errori procedurali e di merito nell'assegnazione dei punteggi riguardanti sia l'"offerta economica" che quella "tempo" e "tecnica", con conseguente erroneità della graduatoria stilata. Si duole, dunque, di non essere stata ammessa alla fase della valutazione dell'offerta economica.

In particolare, l'istante afferma che:

1. dalla "Tabella punteggi di valutazione dell'offerta" emerge un palese contrasto con quanto previsto dall'art.26, lett. b) e lett. c) del Disciplinare di gara, in quanto, nonostante la *lex specialis* abbia disposto l'assegnazione di un punteggio massimo di punti 10 per l'"offerta tempo" e di punti 20 per l'"offerta economica", la Commissione ha invertito i criteri di attribuzione dei relativi punteggi, assegnando punti 20 per l'"offerta tempo" e punti 10 per l'"offerta economica". Inoltre, nelle valutazioni rese sono stati riservati 90/100 punti all'aspetto tecnico/temporale e solo 10/100 a quello economico;
2. la Commissione ha commesso reiterate violazioni del Disciplinare e della "Tabella punteggi", superando la soglia massima del punteggio attribuibile con riferimento al sub-elemento 2.b) (punti 10) e al sub-elemento 3.b) (punti 10);
3. la Commissione "più volte ha proceduto ad attribuire dei punteggi fortemente discordanti tra loro e tra i singoli Commissari ovvero addirittura impossibili perché non corrispondenti ad alcuna combinazione predeterminata della *lex specialis* di gara", come meglio specificato nella memoria del 22.01.2013.

Tali circostanze sono state rappresentate dalla società Sjles al Comune di Desulo con l'"istanza di riesame e contestuale richiesta di accesso agli atti" del 22.01.2013, riscontrata dalla Stazione appaltante con nota del 1.02.2013.

Nella "Rettifica Verbale n.3" del 31.01.2013, allegata alla nota da ultimo citata, la Commissione di gara ha attestato che "effettivamente, per mero errore materiale, in alcuni casi risulta superata la soglia massima di punteggio stabilita con riferimento a determinati sub elementi di valutazione nella tabella dei punteggi" ed ha rettificato i punteggi dettagliati e complessivi conseguiti da ciascun concorrente, nella valutazione dell'offerta tecnica, all'esito di cui è risultata aggiudicataria la società P.S. Costruzioni srl.

Il Comune di Desulo e la P.S. Costruzioni s.r.l. sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con nota di questa Autorità in data 6 marzo 2013.

La P.S. Costruzioni srl non ha fatto pervenire osservazioni, mentre il Comune di Desulo, con nota del 15.03.2013, ha rappresentato quanto segue.

1. Sulla contraddittorietà tra la "Tabella punteggi elementi di valutazione dell'offerta", allegata al Disciplinare e l'art.26 dello stesso, premesso che - secondo quanto stabilito dall'art.35 - la Tabella punteggi costituisce parte integrante e sostanziale della legge di gara, "a causa di un mero errore materiale, nel disciplinare era effettivamente previsto che l'offerta tempo consentisse l'assegnazione di 10 punti massimi e quella economica l'assegnazione di 20 punti massimi, mentre la tabella punteggi stabiliva a sua volta per la prima max 20 punti e per la seconda max 10 punti. La Commissione di gara, come è ovvio, ha fatto riferimento ai punteggi previsti nella tabella, la quale contiene anche l'indicazione dei sottocriteri di valutazione, e ciò al fine di attribuire maggior rilevanza al profilo temporale piuttosto che a quello puramente economico". Ad ogni modo, anche in assenza dell'asserita illegittimità della *lex specialis*, non avendo la società istante ottenuto il punteggio minimo di 49/70, vi sarebbe carenza di interesse ad agire per l'annullamento e la rinnovazione della procedura in esame; il vizio di legittimità sarebbe comunque "tardivo", in quanto sollevato oltre il termine decadenziale di 30 giorni dalla pubblicazione del bando;
2. Sull'asserita violazione della *lex specialis*, in occasione della valutazione delle offerte, rileva che "le illegittimità denunciate riguardano i soli punteggi attribuiti alle altre imprese concorrenti e non hanno avuto la benché minima incidenza sulla posizione della Sjles srl, che era già stata esclusa dalla procedura per mancato raggiungimento del punteggio di 49/70esimi in relazione

alla propria offerta tecnica. In ogni caso, come già indicato in premessa, nella seduta pubblica del giorno 31.01.2013, la Commissione di gara ha provveduto a correggere tutti gli errori materiali rilevati, rettificando le valutazioni del verbale di gara n.3 del 27.11.2012. Da qui l'infondatezza della doglianza in esame";

3. Sulla presunta illegittimità delle valutazioni della Commissione di gara, in quanto i singoli membri della Commissione esaminatrice avrebbero assegnato punteggi fortemente discordanti ed in contraddizione tra loro, osserva che non esiste alcun obbligo per i componenti delle Commissioni di gara di esprimere giudizi analoghi e/o uniformi e ciò a garanzia dell'esercizio corretto ed imparziale del potere discrezionale. In ogni caso le contestazioni sollevate dalla società istante non riguardano la valutazione espressa nei confronti dell'impresa istante.

Con la nota del 15.03.2013 la Sjles srl ha evidenziato le ulteriori seguenti circostanze, con riferimento al Verbale del 31.01.2013 (di rettifica del Verbale n.3) succitato:

1. la Commissione ha riconosciuto di essere incorsa in numerosi e reiterati errori di valutazione e procedurali, tali da giustificare l'annullamento in autotutela dell'intera procedura;
2. dall'esame del Verbale emerge che all'impresa Mulvoni Giovanni e Figli srl è stato attribuito un punteggio totale di 49 piuttosto che di 39 (10+12+8+6+3), con conseguente illegittima ammissione alla fase successiva di valutazione; all'impresa Opere Geotecniche s.n.c. è stato assegnato, con riferimento al sub-elemento 2.b), un punteggio pari a 12, a fronte di un massimo di 10 punti, con conseguente illegittima ammissione alla fase successiva di gara, pur non avendo in concreto raggiunto la soglia minima di punteggio previsto, pari a 49 punti;
3. è palese il notevole scostamento di punteggio assegnato dalla Commissione nella terza e quarta seduta, con riferimento ai medesimi sub-elementi di valutazione, nonché la rideterminazione di elementi che non erano stati oggetto di contestazione (come dettagliati nella nota del 15.03.2013) e la singolare assegnazione dell'identico punteggio totale a tutti i concorrenti, con riferimento all'offerta qualitativa;
4. è evidente la violazione del disposto del punto 26 del Disciplinare di gara, anche con riferimento alla omissione delle valutazioni ponderali singole, nonché l'ingiustificata alterazione dei giudizi già formulati.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 6 marzo 2013, la stazione appaltante ha ribadito al legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda la procedura aperta avente ad oggetto la Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di "Sistemazione di un'area attrezzata a centro polivalente", da aggiudicarsi secondo il criterio dell' "offerta economicamente più vantaggiosa".

L'impresa istante contesta, in particolare, le modalità di assegnazione dei punteggi riguardanti le offerte economiche, tempo e tecniche, denunciando una serie di errori di calcolo, procedurali e di merito in cui sarebbe incorsa la Commissione, con conseguente illegittimità della procedura di gara in questione.

Occorre esaminare il quadro normativo di riferimento e la lex specialis di gara.

L'art.83 del Codice dei contratti disciplina il "criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa" disponendo 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:...2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato...4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi...5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa...".

Il Consiglio di Stato (cfr. sentenza n.7256 dell'1.10.2010) ha chiarito al riguardo che "In tema di gare pubbliche di appalto l'art. 83, comma quarto, del Codice degli Appalti (d.lgs. n. 163/2006) porta all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo (cioè al bando) di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri".

Ed ancora, "In materia di gare pubbliche di appalto la norma dell'art.83 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 è chiara ed univoca nel precludere alla Commissione di predeterminare essa, in luogo del bando, non solo i criteri ed i sub-criteri di valutazione, ma anche sub-punteggi nell'ambito di un sub-criterio, essendo ad essa demandata unicamente la elaborazione di "criteri motivazionali", destinati a precisare le ragioni in base alle quali la stessa Commissione commisurerà concretamente il punteggio da assegnare a ciascun criterio di ogni offerta nell'ambito del raggio indicato dal bando" (cfr. Consiglio di Stato, sez.V, sentenza n.2826 dell'11.05.2010).

Nel caso di specie l'art.26 del Disciplinare di gara - "Modalità di Aggiudicazione" prevede che "Il presente appalto viene aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base dei parametri ed elementi di valutazione specificati nella "Tabella Punteggi

Elementi di Valutazione dell'Offerta" allegata al presente disciplinare...".

Esaminata la documentazione trasmessa e vagliate le censure sollevate, questa Autorità ritiene illegittimo l'operato della Commissione di gara, per le ragioni che di seguito si espongono.

La stessa Commissione di gara ha riconosciuto la contraddittorietà tra l'art.26 del Disciplinare e la " Tabella punteggi elementi di valutazione dell'offerta" in ordine al punteggio massimo previsto (risultato invertito nei due documenti), rispettivamente, per l'offerta tempo e per quella economica, e si è attenuta comunque a quanto stabilito nella Tabella, richiamando arbitrariamente il "fine di attribuire maggior rilevanza al profilo temporale piuttosto che a quello puramente economico".

Ha anche riconosciuto di essere incorsa in errori in quanto "in alcuni casi risulta superata la soglia massima di punteggio stabilita con riferimento a determinati sub elementi di valutazione nella tabella dei punteggi".

Nonostante abbia successivamente rettificato i punteggi, dettagliati e complessivi, conseguiti da ciascun concorrente, la medesima Commissione è incorsa in ulteriori errori:

1. all'impresa Mulvoni Giovanni e Figli srl è stato attribuito un punteggio totale di 49 piuttosto che di 39 (10+12+8+6+3), con conseguente illegittima ammissione alla fase successiva di valutazione;
2. all'impresa Opere Geotecniche s.n.c. è stato assegnato, con riferimento al sub-elemento 2.b), un punteggio pari a 12, a fronte di un massimo di 10 punti, con conseguente illegittima ammissione alla fase successiva di gara, pur non avendo in concreto raggiunto la soglia minima di punteggio previsto, pari a 49 punti;
3. la Commissione nella terza e quarta seduta, con riferimento ai medesimi sub-elementi di valutazione, ha assegnato punteggi notevolmente diversi (in alcuni casi invertiti) nonché rideterminato, senza alcuna specifica motivazione, elementi che non erano stati oggetto di contestazione; conseguendosi un identico punteggio totale per tutti i concorrenti, con riferimento all'offerta qualitativa.

Alla luce delle osservazioni che precedono si ritiene l'operato della Commissione viziato da illegittimità - in quanto difforme dalla lex specialis (in particolare, dall'art.26 del Disciplinare) - irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità.

Ed invero, non appare superabile la netta contraddittorietà tra l'art.26 succitato e la Tabella richiamata, non potendosi arbitrariamente ritenere prevalente quest'ultima, in spregio alla previsione del Disciplinare e al principio di certezza giuridica che deve connotare la disciplina di gara; né può fondatamente sostenersi che la "rettifica" di cui al Verbale n.3 abbia emendato l'operato della Commissione, essendo emersi ulteriori errori di calcolo e i profili di carenza motivazionale ed illogicità sopra meglio enucleati.

A ciò aggiungasi che non ci si può appigliare ad una presunta carenza di interesse dell'impresa istante al fine di escludere la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento, come ritenuto nella nota del Comune di Desulo del 1.02.2013.

Pertanto, si ritiene sussistano nella fattispecie in esame i presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela da parte della Stazione appaltante, al fine di superare i riscontrati profili di illegittimità, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza.

Si ritiene inoltre auspicabile l'introduzione di una più specifica metodologia di attribuzione del punteggio per meglio orientare l'attività della Commissione e rendere maggiormente trasparenti le valutazioni effettuate, a garanzia e non in contrasto con la par condicio dei concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n.1255 del 28.02.2011).

Si richiama a tal fine la Determinazione n. 4 del 20.05.2009 di questa Autorità che ha dettato le "Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'articolo 153 del Codice dei contratti".

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che l'operato della Commissione di gara nel caso di specie sia illegittimo e contrario ai principi di ragionevolezza, logicità e par condicio dei concorrenti.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 novembre 2013

Il Segretario: Maria Esposito