DELIBERA N. 820 DEL 26 settembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da _____OMISSIS_____ e _____OMISSIS_____ – Indagine di mercato ex art. 36, co. 2 lett. a) d.lgs. 50/2016 per l'affidamento diretto dei servizi di indagine e monitoraggio dei mesomammiferi all'interno del territorio del Parco Nazionale dell'Alta Murgia – Importo a base d'asta: euro 14.820,00 - S.A. Ente Parco Nazionale dell'Alta Murgia
PREC 157/18/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 105106 del 6 settembre 2017, _____OMISSIS_____ e _____OMISSIS_____ riferisce di aver partecipato alla selezione in oggetto e rappresenta che l'avviso di indagine di mercato, nonostante il richiamo all'art. 36, co. 2 lett. a) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, configurava una procedura aperta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'istante lamenta in particolare che i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica venivano definiti dal RUP in seduta riservata, e riportati nei verbali, ma non pubblicati, e altresì veniva utilizzata una formula errata per l'attribuzione dei punteggi. Inoltre era previsto che l'offerta tecnica e l'offerta economica fossero inserite nel medesimo plico.
Con nota prot. 63416 del 18 luglio 2018, la S.A. sottolinea che la procedura in oggetto era finalizzata a ricevere manifestazioni di interesse e non rappresentava un invito a partecipare. Pertanto, in considerazione dell'importo a base di gara, essa si avvaleva di una procedura semplificata condotta dal RUP, dotato delle competenze tecniche necessarie. L'avviso prevedeva dunque una valutazione comparativa e la formula utilizzata era quella dell'interpolazione lineare prevista dalle Linee guida Anac. La S.A. specifica che il particolare tecnicismo dell'affidamento rendeva "inevitabile la valutazione discrezionale delle offerte pervenute, declinata in dettaglio dal RUP e motivata nei verbali allegati".

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità della procedura posta in essere dalla S.A.
Nel caso di specie, l'avviso pubblicato dalla S.A. era denominato "Indagine di mercato ex art. 36, co. 2 lett. a) d.lgs. 50/2016", e prevedeva che al modello di domanda, recante la dichiarazione del possesso

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

dei requisiti di partecipazione generali e speciali, fossero allegate l'offerta tecnica e l'offerta economica.
Il criterio di aggiudicazione prevedeva una valutazione comparativa sulla base dei seguenti criteri:
A) anni di esperienza, con attribuzione di punteggio da 1 a 30;
B) n. di operatori specializzati offerti per l'esecuzione, con attribuzione di punteggio da 1 a 10;
C) numero di pubblicazioni scientifiche, con punteggio da 1 a 10;
D) validità tecnica del progetto, con punteggio da 1 a 20.
Al prezzo era attribuito un punteggio massimo di 30 punti.
Sulla questione posta, si osserva quanto segue.

L'art. 36, co. 2 lett. a) d.lgs. 50/2016, nella versione vigente alla data di pubblicazione dell'avviso in parola, prevedeva che "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta […]".

Le Linee Guida n. 4 di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, e ora aggiornate con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018, chiariscono che "nell'espletamento delle procedure semplificate di cui al citato art. 36 d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti garantiscono: il principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure. Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 29 del Codice".

Esse specificano inoltre che "la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali. La stazione appaltante motiva adeguatamente in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione. L'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento e al rispetto dei principi di concorrenza può essere soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici".

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

Nel caso di specie, la S.A. attivava una procedura selettiva basata su specifici criteri tecnico-economici con l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In proposito, le Linee Guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e ora aggiornate con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, chiariscono che le stazioni appaltanti devono individuare "criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte", che consentano un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta. Pertanto raccomandano di limitare, di regola, il peso attribuito a criteri di natura soggettiva, "ad esempio non più di 10 punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente".

Nel caso di specie si rileva che viene attribuito un peso notevole (fino a 30 punti) all'elemento sub A) relativo all'esperienza, laddove la S.A. aveva già richiesto, fra i requisiti di partecipazione, lo svolgimento di servizi analoghi nel triennio.

Inoltre i criteri motivazionali, da indicare già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento, devono essere almeno "non discriminatori, conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese" (v. Linee guida n. 2 cit.).

Nel caso di specie non emergono i criteri motivazionali relativi alla voce "D) validità tecnica del progetto", alla quale viene attribuito un punteggio inferiore a quello relativo all'esperienza (max 20) senza che siano specificati i sub-elementi su cui fondare la valutazione discrezionale effettuata dal RUP, e che dovevano essere conosciuti ex ante.

Anche l'inserimento dell'offerta tecnica e dell'offerta economica nella medesima busta non è conforme al principio generale della separazione tra offerta tecnica ed economica (Cons. Stato Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731; 1 aprile 2016, n. 1297).

Si osserva comunque che, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, è ora specificato che "Nel caso di affidamento diretto, o di lavori in amministrazione diretta, si può altresì procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato, ai sensi dell'articolo 32, comma 2, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici", ovvero "indicando, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- nel caso di specie, l'avviso di selezione non è conforme alla normativa di settore, in quanto non sono stati resi noti gli elementi di valutazione del progetto tecnico, su cui si è basata la valutazione discrezionale del RUP;
- appare eccessivo il peso attribuito all'elemento soggettivo dell'esperienza, laddove la S.A. aveva già richiesto, fra i requisiti di partecipazione, lo svolgimento di servizi analoghi nel triennio;
- l'inserimento dell'offerta tecnica e dell'offerta economica nella medesima busta non è conforme alla normativa di settore in base al principio della separazione tra offerta tecnica ed economica.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2018

Il Segretario Maria Esposito