DELIBERA N. 261 DEL 17 marzo 2020

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata Il Globo Vigilanza S.r.l. – Procedura negoziata per l'affidamento di servizi di addetto alla verifica dei titoli di viaggio e della sicurezza - anni 2 – Importo a base di gara: euro 250.000,00 – S.A.: ATC Esercizio S.p.A.

PREC 6/2020/S

Divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta

Negli affidamenti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il criterio premiante di valutazione dell'offerta connesso al fatturato viola il principio di separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione e non può giustificare l'eccezione disciplinata dall'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 non attenendo né all'organizzazione dell'operatore economico né alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto.

La soglia di sbarramento, prevista dalla *lex specialis* di gara per l'ammissione delle offerte tecniche, determinandosi in base all'attribuzione di punteggi attribuiti a criteri soggettivi configuranti un'eccezione al divieto di commistione non conforme alla normativa, è essa stessa illegittima compromettendo ingiustificatamente la più ampia partecipazione alla procedura di gara.

Art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 103747 del 23.12.2019 con la quale la società Il Globo Vigilanza S.r.l. contesta la legittimità del provvedimento di esclusione del 25.11.2019, adottato nei suoi confronti dall'ATC Esercizio S.p.A. per aver totalizzato un punteggio inferiore alla clausola di sbarramento prevista dall'art. 14 del capitolato speciale d'appalto, che prevedeva un punteggio minimo di 35 punti su un massimo di 70;

VISTO che l'istante fa presente che la società totalizzava un punteggio di 27 punti, essendo stata penalizzata dall'attribuzione di 0 punti per: a) il criterio premiante del "fatturato relativo alla lotta evasione, se superiore a € 50.000,00" (premiato con complessivi dieci punti); b) il curriculum degli operatori addetti al servizio, ed in particolare per l'indicazione di operatori che avessero già svolto la

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma

mansione di agente accertatore (criterio premiato con un massimo di 25 punti sui complessivi 70 destinati a premiare la qualità dell'offerta);

CONSIDERATO che l'istante contesta la legittimità dei predetti criteri per violazione dell'art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 e del principio del divieto di commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri afferenti alla valutazione dell'offerta, nonché dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità codificati dall'art. 30, comma 1, d.lgs. n.50/2016;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato alle parti interessate con nota prot. n 2793 del 14.01.2020;

VISTE le memorie e la documentazione trasmessa dalle parti interessate;

CONSIDERATO che, ai sensi del Regolamento del 9 gennaio 2019, contrariamente a quanto sostiene la stazione appaltante, l'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento di esclusione non determina l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso che sia stata presentata in pendenza del termine di impugnazione; invece, il Regolamento prevede l'inammissibilità dell'istanza di parere ove l'operatore economico introduca un ricorso giurisdizionale ai fini dell'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, circostanza che deve escludersi sulla base delle dichiarazioni rese dalle parti;

CONSIDERATO che le clausole del disciplinare contestate non appaiono di natura escludente in quanto l'istante non poteva prevedere con certezza, al tempo della partecipazione alla procedura di gara, che la sua offerta avrebbe ottenuto un punteggio inferiore alla soglia di sbarramento;

RITENUTA, pertanto, sussistente la legittimazione dell'istante a inoltrare la richiesta di parere di precontenzioso all'Autorità;

VISTO l'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 che dispone: «I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare: (…) e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto»;

VISTE le Linee Guida n. 2 dell'Autorità recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" (approvate con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 ed aggiornate con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018) che, pur riconoscendo che con l'elencazione esemplificativa dei criteri di aggiudicazione dell'appalto di cui all'art. 95 "viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione" e "nella valutazione delle offerte possono esser valutati profili di

carattere soggettivo", al contempo precisano che detta possibilità è consentita unicamente qualora tali profili "consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli" e che "in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione", sempre che non rappresentino una modalità surrettizia per introdurre criteri dimensionali;

CONSIDERATO l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, come anche recentemente espresso nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, che si è così espresso sul tema dell'eccezione al divieto di commistione: "il rigoroso limite entro cui è normativamente ammessa una commistione tra requisiti di carattere soggettivo ed aspetti oggettivi delle offerte è giustificato dall'esigenza, espressa dal comma 1 del medesimo art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, che i criteri di aggiudicazione assicurino «*una concorrenza effettiva*» e che, secondo quanto invece previsto dal comma 2 della medesima disposizione, siano rispettati i «*principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento*». Le esigenze di effettiva concorrenzialità ed i principi generali ora enunciati impongono che la selezione avvenga per quanto possibile su basi oggettive e che, per contro, i criteri di aggiudicazione non siano preconfezionati in modo di assicurare un vantaggio ad un singolo operatore economico a prescindere dai contenuti delle offerte destinate ad essere presentate nella gara, ovvero che – secondo quanto affermato dal Tribunale – si determinino «»*asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo*";

CONSIDERATO che, sempre la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come la soluzione di questioni come quella in esame necessiti di una verifica in concreto dell'"eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20.08.2013, n. 4191; Cons. Stato, sez. III, 27.09.2016, n. 2611);

RITENUTO che il criterio connesso al fatturato sia in contrasto con l'art. 95, comma 6, lett. e) del Codice non attenendo all'organizzazione dell'operatore economico né alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, non essendo emersa, tra l'altro, agli atti, alcuna giustificazione da parte della stazione appaltante in ordine alle ragioni per le quali tale criterio sarebbe stato previsto e in ordine all'eventuale impatto sulla qualità dell'offerta richiesta ai concorrenti, con la conseguenza che deve escludersi un'influenza significativa del criterio sull'esecuzione dell'appalto;

RITENUTO che il criterio predetto appare tanto più in contrasto con i principi regolanti il divieto di commistione tra i criteri di selezione e i criteri di aggiudicazione ove si consideri che per lo stesso è stato

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma

previsto un punteggio di 10 punti, avente una notevole incidenza sulla soglia di sbarramento prevista ai fini dell'ammissione dell'offerta presentata;

RITENUTO, d'altra parte, rispetto al secondo criterio riferito al curriculum degli operatori addetti al servizio, che lo stesso potrebbe ritenersi giustificato sulla base dell'art. 95, comma 6, lett. e) del Codice, anche se la stazione appaltante non fornisce elementi a giustificazione della scelta compiuta per controdedurre rispetto alle contestazioni di merito sollevate dall'istante;

RITENUTO che anche la soglia di sbarramento, prevista dalla lex specialis di gara per le offerte tecniche presentate, determinandosi in base all'attribuzione di punteggi a criteri soggettivi configuranti un'eccezione al divieto di commistione non conforme alla normativa in quanto non effettivamente impattanti sulla qualità dell'offerta, sia essa stessa illegittima compromettendo ingiustificatamente la partecipazione alla procedura di gara;

RITENUTO, pertanto, illegittimo il provvedimento di esclusione dell'offerta presentata dall'istante per illegittimità dei criteri di natura soggettiva posti alla base della soglia di sbarramento in violazione dell'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 e dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità;

CONSIDERATA, infine, la necessità di chiarire, viste le richieste contenute nell'istanza di precontenzioso, che il presente parere non ha natura vincolante in ragione della mancata adesione all'istanza da parte della stazione appaltante;

Sulla base delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene che il provvedimento di esclusione dell'offerta presentata dall'istante non sia conforme alla normativa di settore per illegittimità dei criteri di natura soggettiva posti alla base della soglia di sbarramento, ciò in quanto gli stessi contraddicono l'art. 95, comma 6, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 e i principi di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2020

Per Il Segretario Maria Esposito,

il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia

(firmato digitalmente)

Via M. Minghetti 10 – 00187 Roma