



# DELIBERA N. 575

1 luglio 2020

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_. - Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento e di rinnovamento dei capannoni magazzini presso le caserme "Sernia" e "Pedone" site in Foggia. Importo a base di gara euro: 1.166.117, 16. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: 15° Reparto Infrastrutture Caserma "De Cillis" (BA).

PREC107/2020/L

## Riferimenti normativi

Articolo 95 del d.lgs. 50/2016

## Parole chiave

Offerta tecnica – formulazione – ambiguità *lex specialis*

## Massima

Criterio offerta economicamente più vantaggiosa – Offerta tecnica – Ambiguità *lex specialis* sulle modalità di formulazione

Nell'ipotesi in cui la Commissione giudicatrice ritenga che l'errata formulazione dell'offerta tecnica da parte delle imprese partecipanti alla gara sia imputabile ad un'ambigua formulazione della *lex specialis*, è tenuta a segnalare il fatto alla Stazione appaltante per l'adozione degli atti di competenza. Le offerte, infatti, devono essere valutate per ciò che esse prevedono, non potendo desumersi *aliunde* la qualità, la capacità professionale o il pregio. Pertanto, a tutti i partecipanti deve essere garantita la possibilità di presentare un'offerta tecnica rispondente alla propria reale ed effettiva organizzazione di impresa, in modo da assicurare, al contempo, che il confronto avvenga tra elementi omogenei.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 luglio 2020

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 38288 del 25 maggio 2020 con cui la Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_, nella qualità di mandataria del raggruppamento con l'impresa \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_.r.l., ha contestato, sotto tre distinti profili, l'aggiudicazione della procedura di gara in oggetto in favore della Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_. La prima censura è diretta ad ottenere l'esclusione dell'impresa dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis del d.lgs. 50/2016, in quanto la dichiarazione di aver preso visione degli elaborati progettuali sarebbe da ritenersi falsamente resa, avendo l'impresa, nell'offerta tecnica, richiamato un particolare costruttivo diverso da quello previsto nel progetto posto a base di gara (pianali delle scaffalature in legno anziché in acciaio); con la seconda e la terza questione, l'istante contesta i punteggi attribuiti dalla Commissione in relazione sia al criterio dell'esperienza professionale - non avendo la Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ fornito alcun elemento idoneo a supportare la decisione della Commissione - sia alle altre migliorie proposte, affette da genericità nella quantità e qualità e, comunque, non congrue rispetto ad alcuni dei criteri di valutazione fissati dal disciplinare;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 39876 del 29 maggio 2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

RILEVATO che il 15° Reparto Infrastrutture Bari ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento e di rinnovamento dei locali dei capannoni magazzini presso le caserme "Sernia" e "Pedone" site in Foggia, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 70 punti all'offerta tecnica e 30 punti a quella economica. L'art. 16 del Disciplinare, in particolare, prevedeva l'attribuzione di 50 punti per il criterio del "*Valore tecnico, funzionale e ambientale delle migliorie proposte alle opere da realizzare*", e 20 punti per il criterio dell'"*Esperienza Professionale*", con valutazione della "*Qualifica ed esperienza dell'impresa costruttrice, sulla base di lavori simili, che possa aver influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'opera. Valutazione delle specifiche esperienze professionali in possesso del personale interno all'azienda in merito alle categorie oggetto del presente lavoro ed al numero dei dipendenti*". Per la compilazione (e valutazione) di tale ultimo criterio, la Stazione appaltante richiedeva la presentazione di un "*Un file contenente una scheda per ogni risorsa professionale (max. 1 foglio A4) con descrizione sintetica delle esperienze professionali, conforme all'annesso A*"; il disciplinare, infine, prevedeva che sarebbe stato utilizzato il metodo del confronto a coppie nel caso in cui le offerte presentate fossero inferiori a 16;

RILEVATO che, con riferimento al criterio 2, l'istante – secondo quanto affermato nelle memorie – ha presentato 22 schede, una per ciascuna risorsa professionale interna, riportante ordinatamente le generalità della singola risorsa professionale, le specifiche competenze per categoria d'opera e l'elenco dei lavori eseguiti, per conto delle imprese componenti il raggruppamento, ottenendo il punteggio di 12, 59; la Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_, produceva una sola scheda, in cui autodichiarava di possedere operai specializzati nel settore impiantistico e di uno staff tecnico formato da figure professionali differenti ognuno delle quali occupata in specifici settori, quale edilizio, impiantistico, elettromeccanico,



urbanistico ecc e indicava un elenco di lavori analoghi precedentemente svolti, ottenendo il massimo del punteggio;

RILEVATO che la Commissione di gara, riconvocata dalla Stazione appaltante per esaminare le osservazioni tecniche presentate dall'istante, confermava i punteggi assegnati, evidenziando, quanto al criterio 2, che l'annesso A, richiamato dal disciplinare di gara era un refuso di stampa, atteso che nessun allegato è stato pubblicato dalla Stazione appaltante; non solo la Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ ma anche altre imprese avevano presentato un solo foglio A4 e, data l'equivocità della *lex specialis*, si era ritenuto di salvaguardare la massima partecipazione alla gara, tutelando gli interessati in buona fede; nel merito, la Commissione ha evidenziato che l'aggiudicataria ha presentato un'autocertificazione relativa al numero del personale dipendente, pari a 6, e alla disponibilità di operai specializzati e di uno staff tecnico con esperienza nei settori impiantistico, tecnico ed edile; inoltre, la varietà e rilevanza dei lavori precedentemente eseguiti dall'impresa offrono garanzia della qualità ed esperienza, evincibile, peraltro, dalle diverse categorie SOA di cui la stessa possiede l'attestazione e delle certificazioni di qualità allegate all'offerta;

CONSIDERATO che l'art. 95, comma 6, lett. e) del d.lgs. 50/2016, recependo gli art. 67 e 94 della direttiva 2014/24/UE, inserisce tra i criteri di valutazione delle offerte *"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"*; nelle linee guida n. 2, l'Autorità ha rilevato come debba ritenersi definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, in quanto nella valutazione delle offerte tecniche «possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli». L'Autorità ha precisato che i profili di carattere soggettivo eventualmente introdotti dalle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche «in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione»;

CONSIDERATO che il consolidato orientamento della giurisprudenza e di questa Autorità è nel senso che «le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte» (cfr., *ex multis*, parere di precontenzioso n. 687 del 18 luglio 2018; parere di precontenzioso n. 193 del 1° marzo 2018; parere di precontenzioso n. 797 del 19 luglio 2017; parere di precontenzioso n. 210 del 1° marzo 2017; parere di precontenzioso n. 528 del 4 maggio 2016; parere di precontenzioso n. 198 del 25 novembre 2015; Parere di precontenzioso n.37 del 1 aprile 2015; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 882; Tar Venezia, sez. I, 7 giugno 2018, n. 613);

CONSIDERATO, in particolare, che nel confronto a coppie la commissione non stabilisce direttamente quale sia il punteggio complessivo da assegnare alla singola offerta, bensì procede a determinare, per ogni singolo criterio di valutazione previsto dal bando, i punteggi parziali negli "scontri diretti" fra le



stesse. Ogni commissario è chiamato infatti ad esprimere quale è il grado di preferenza di un'offerta rispetto all'altra con cui è messa a confronto (e per questo il meccanismo è denominato confronto a coppie), e il punteggio finale è la sommatoria dei punteggi parziali assegnati da ciascun commissario. In questi casi per superare le risultanze delle valutazioni operate dalla commissione è quindi necessario che l'impresa non aggiudicataria (e ricorrente in giudizio) non si limiti a dedurre che l'offerta dell'aggiudicatario non possiede il pregio tecnico riconosciuto dalla commissione, dovendo altresì allegare e provare in giudizio che la propria offerta possiede un pregio tecnico superiore;

RITENUTO che la prima censura sollevata dall'istante, diretta ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario per falsa dichiarazione, è infondata: dall'esame dell'offerta tecnica presentata dalla Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ si evince chiaramente che il progetto posto a base di gara è stato ampiamente esaminato, anche ai fini della proposta delle migliorie; il richiamo al materiale della scaffalatura (legno anziché metallo) deve intendersi frutto di un errore materiale/refuso ovvero di un'errata interpretazione della documentazione tecnica, in ogni caso, ininfluenza atteso che l'impresa ha proposto delle migliorie proprio in relazione alla tipologia del materiale da utilizzare per i ripiani delle scaffalature;

RITENUTO che risulta invece fondata la censura relativa al punteggio attribuito all'offerta dell'aggiudicatario in relazione al parametro 2); a prescindere dalla legittimità del criterio prescelto – profilo non dedotto dall'istante –, appare manifestamente illogica l'attribuzione di qualsiasi punteggio e soprattutto del massimo punteggio previsto dal disciplinare per l'offerta della Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ che si è limitata ad un'autodichiarazione relativa al possesso di uno staff tecnico con esperienze nei vari settori impiantistico, edile ecc. e ad un elenco dei lavori precedentemente svolti, impedendo in tal modo quel giudizio sulla effettiva qualificazione delle maestranze idonea ad incidere sulla qualità dell'offerta; l'illogicità risulta evidente anche tenendo conto che la Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_, secondo quanto affermato nell'istanza, ha corredato la sua offerta da 22 schede tecniche che, presumibilmente, offrono alla Commissione un parametro di valutazione più ampio e più dettagliato; inoltre, dalla lettura del verbale di esame delle osservazioni tecniche, si evince che la Commissione ha valorizzato, ai fini dell'attribuzione del massimo punteggio, elementi non solo non previsti dal disciplinare, con conseguente violazione della *par condicio*, ma che si pongono in contrasto con il divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e elementi di valutazione delle offerte;

RITENUTO, peraltro, che ove la Commissione giudicatrice avesse ritenuto di imputare la non adeguata formulazione dell'offerta della Soc. \_\_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_\_ ad un'ambigua formulazione della *lex specialis* – ed in particolare se dovesse essere presentata una sola scheda ovvero una per ogni risorsa – avrebbe dovuto segnalare il fatto alla Stazione appaltante, per l'adozione degli atti di competenza, astenendosi dal confronto tra offerte non omogenee e non paragonabili; in tal modo sarebbe stato assicurato l'opportuno bilanciamento tra l'affidamento degli operatori economici, indotti in errore scusabile, e l'interesse della stazione appaltante alla selezione della migliore offerta; il richiamo al principio del *favor participationis* appare inconferente, atteso che il suo perimetro applicativo non può che essere limitato ai casi in cui l'equivocità della *lex specialis* sia potenzialmente idonea a determinare l'esclusione dalla gara dell'impresa ma non anche con riferimento ai casi, come quello in esame, ove dall'errata formulazione dell'offerta non discenda l'esclusione dalla gara bensì un giudizio di non sufficienza o adeguatezza di alcuni elementi dell'offerta e, in definitiva, un punteggio tecnico minore; in tali circostanze, anche tenendo conto che la Commissione giudicatrice è tenuta a valutare le offerte per ciò che esse espressamente prevedono, non potendo desumere *aliunde* la qualità, la capacità



professionale o il pregio, il rispetto della *par condicio* impone la riedizione della procedura, emendata dal vizio rilevato, garantendo ai partecipanti la presentazione di un'offerta tecnica rispondente alla propria reale ed effettiva organizzazione di impresa e alla Commissione un confronto tra elementi paragonabili;

RITENUTE assorbite le ulteriori censure;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che

- l'offerta tecnica presentata dalla Soc. \_\_\_\_\_ OMISSIS \_\_\_\_\_ è carente di qualsiasi elemento idoneo a permettere una valutazione della specifica esperienza professionale del personale impiegato nell'espletamento del servizio e, pertanto, risulta manifestamente illogica l'attribuzione di qualsiasi punteggio, finanche del massimo, in relazione suddetto criterio;

- è rimessa alla Stazione appaltante l'adozione delle opportune misure idonee a tutelare l'errore scusabile degli operatori economici sulle modalità di formulazione delle offerte tecniche.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 luglio 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente