

PARERE N. 138 DEL 20/07/2011

PREC 22/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Promoeco sme S.r.l. - Gara per l'affidamento dell' "esecuzione degli accertamenti e delle ispezioni degli impianti termici della Provincia di Genova con esclusione del Comune di Genova" - Importo a base d'asta € 3.279.607,20 - S.A.: Provincia di Genova.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 gennaio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale l'impresa Promoeco S.r.l. ha contestato la legittimità della procedura indetta dalla Provincia di Genova in relazione ai seguenti punti:

- a) mancato rispetto dei principi dettati dal D.Lgs. n. 152/2008 (terzo correttivo del Codice) che impedisce alle Commissioni giudicatrici di fissare anche i soli criteri motivazionali per la scelta delle offerte; più precisamente, nel Capitolato Speciale d'Oneri non sono indicati elementi oggettivi di valutazione dell'offerta tecnica, essendo prevista la sola assegnazione discrezionale, a ciascuna offerta, di un coefficiente da 0 a 1 con un massimo di due decimali;
 - b) è ugualmente rimessa alla discrezionalità della Commissione giudicatrice la valutazione dell'offerta economica, essendo compresa anch'essa tra due coefficienti (0 ed 1) senza alcun legame con il ribasso presentato;
 - c) il Capitolato Speciale di Appalto prevede l'obbligo, a carico dell'aggiudicatario, di assumere a tempo indeterminato il personale del precedente gestore.
- In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 14 febbraio 2011, l'istante ha ribadito la fondatezza dei rilievi mossi richiamando, allo scopo, i pareri n. 3/2010 e n. 38/2010 per ciò che riguarda i suddetti punti a) e b), e il parere n. 44/2010 per il richiamato punto c).

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità della procedura di gara indetta dalla Provincia di Genova per i motivi riportati in fatto.

Con riferimento alla prima censura mossa dall'istante secondo cui la stazione appaltante prevedendo un coefficiente di valutazione dell'offerta tecnica (da 0 ad 1 con un massimo di due decimali) disancorato da elementi oggettivi predeterminati, avrebbe violato i principi di cui al D.Lgs. n. 152/2008, vale richiamare innanzitutto l'art. 83, comma 4, del D.Lgs. 163/2006, il quale, per effetto della modifica apportata dal richiamato decreto legislativo, ha sostanzialmente soppresso il potere della Commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi. La citata disposizione, infatti, richiede espressamente che " *il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, prevede, ove necessario, i sub criteri e i sub pesi o i sub punteggi* " .

Sulla portata innovativa di tale modifica normativa questa Autorità ha già avuto modo di pronunciarsi in più occasioni, osservando che, attraverso tale intervento, il legislatore ha inteso rendere " *più ristretti gli ambiti di libertà valutativa delle offerte, imponendo alle stazioni appaltanti di stabilire e prevedere, fin dalla formulazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell'offerta, precisando, ove necessario, anche i sub criteri e la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi. E' stato così eliminato ogni margine di discrezionalità in capo alla Commissione giudicatrice, la quale, secondo la normativa previgente poteva fissare, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il relativo punteggio* " (Cfr. in tal senso *ex multis* Pareri Aut. Vig. n. 27/2009, n.137/2009, n.3/2010, n.38/2010).

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha individuato gli elementi con valutazione discrezionale e i relativi punteggi (es.: organizzazione generale: max 5 punti; organizzazione dei controlli: max 5 punti, gestione dei verbali: max 15 punti), ma dopo aver previsto i criteri di valutazione (ottimo: 1,00; buono: da 0,80 a 0,99; distinto: da 0,60 a 0,79; sufficiente: da 0,40 a 0,59; scarso: da 0,20 a 0,39; inadeguato: da 0 a 0,19), non ha fissato i sub-criteri richiesti dal citato comma 4, dell'art. 83, la cui funzione sarebbe stata quella di arginare la discrezionalità della commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte e di consentire di ripercorrere l'iter logico seguito al fine di stabilire perché una determinata offerta è stata valutata buona, piuttosto che ottima, distinta, sufficiente o scarsa. D'altra parte la locuzione "ove necessario" contenuta al comma 4, dell'art. 83 del Codice a proposito della fissazione da parte della stazione appaltante dei sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi per ciascun criterio di valutazione prescelto, fa ritenere che questa non sia di per sé indispensabile,

ma diventi obbligatoria nel momento in cui la stazione appaltante fissa dei criteri di attribuzione del punteggio che lasciano spazio decisionale soggettivo alla Commissione giudicatrice.

In considerazione, quindi, di quanto disposto agli articoli 34, 35, 36, 37, 38 e 39 del Capitolato Speciale d'Oneri, emerge con chiarezza, nel caso in esame, il contestato margine di discrezionalità lasciato alla Commissione giudicatrice e conseguentemente la violazione dell'art. 83, comma 4 del Codice dato che il range di valutazione lasciato alla Commissione di gara, legato a specifici fattori ponderali, varia, senza indicazione di sub-criteri, da un minimo di zero punti ad un massimo di uno (con un valore indicato in soli due decimali).

Le stesse argomentazioni possono valere anche per il punto b) della richiesta di parere, atteso che il punteggio da assegnare da parte della Commissione giudicatrice per l'offerta economica risulta essere svincolato dal riferimento ad elementi oggettivi predeterminati, almeno per ciò che riguarda la valutazione del ribasso sull'importo a base di gara offerto, lasciando così alla stessa Commissione un indebito potere discrezionale.

In relazione al punto c) della medesima richiesta di parere - relativo all'obbligo imposto dalla stazione appaltante per l'ammissione alla gara di assunzione del personale già adibito allo svolgimento del servizio oggetto di appalto - non possono non condividersi le argomentazioni enunciate nel parere n. 44/2010.

In tale contesto si è definito un principio di carattere generale secondo cui la previsione di un siffatto obbligo da parte della *lex specialis* di gara appare giustificabile solo nei limiti in cui lo stesso sia imposto da specifiche disposizioni di legge o dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento - circostanza che, nel caso di specie, non risulta riscontrata dalla stazione appaltante.

Ciò induce a ritenere che la clausola in questione sia senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ulteriormente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della costituzione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le disposizioni del bando e del capitolato speciale di appalto non siano conformi alla normativa di settore e vadano pertanto rimodulate alla luce dei criteri e dei principi enunciati da questa Autorità.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito