

Parere n.176 del 06/10/2011

PREC 104/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dal Comune di Paternò - Procedura aperta per l'affidamento del servizio relativo alla Attività educativa territoriale - Importo a base d'asta € 171.720,00 - S.A.: Comune di Paternò

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Il Comune di Paternò, U.O. Servizi Sociali, ha presentato l'istanza indicata in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla legittimità del bando di gara per l'affidamento del servizio concernente l'"Attività educativa territoriale". In particolare la stazione appaltante ha riferito che la Confcooperative di Catania ha censurato gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riportati nei punti 14.1c, 14.1d e 14.1e del predetto bando, in quanto lesivi dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità, la Confcooperative ha puntualmente indicato le ragioni delle proprie doglianze. In primo luogo secondo la Confcooperative è illegittima la previsione del bando di gara che attribuisce punteggio ad elementi che nulla hanno a che fare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che attengono, invece, per esempio, alla pregressa esperienza professionale del concorrente o alle dotazioni di cui quest'ultimo dispone o ad ulteriori parametri non adeguati rispetto all'oggetto del contratto da stipulare. In secondo luogo la Confcooperative richiama la giurisprudenza amministrativa, secondo cui sono illegittime le c.d. clausole di territorialità, che introducono elementi di valutazione dell'offerta a beneficio di ditte locali, in quanto ritenute lesive dei principi comunitari di concorrenza e parità di trattamento. Infine la Confcooperative lamenta l'illegittimità degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica di cui al punto 14.2. del bando di gara, in quanto la stazione appaltante non ha chiarito né reso noto i sub parametri in base ai quali graduare il punteggio attribuibile alla singola voce presa in considerazione.

Da parte sua la stazione appaltante istante ha precisato che le disposizioni censurate sono state redatte in conformità all'art. 4, comma 2, lett. e), del DPCM del 30 marzo 2011, recante " *Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'art. 5 della Legge 8 novembre 2000 n. 328* ", in virtù del quale " *i Comuni procedono all'aggiudicazione dei servizi di cui al comma 1 sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare dei seguenti elementi qualitativi: a) le modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori; b) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro; c) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità* ".

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità attiene alla legittimità degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicati dalla stazione appaltante nel bando di gara ai punti 14.1c, 14.1d, 14.1e, e 14.2.

Al riguardo è opportuno preliminarmente considerare che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa fonda l'aggiudicazione dei contratti pubblici su una complessa integrazione tra il dato economico, quello tecnico e quello qualitativo, tramite l'applicazione di elementi di valutazione pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, grazie ai quali la commissione di gara misura il valore dell'offerta (cfr. AVCP determinazione n.4 del 20.5.2009). La stazione appaltante pur godendo di un ampio margine di discrezionalità tecnica nel fissare i predetti elementi, deve, tuttavia, operare un bilanciamento, al fine di garantire, in ogni caso, il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e scongiurare il rischio di abusi. Al riguardo l'Autorità ha precisato che " *i criteri di valutazione dell'offerta, così come i requisiti di partecipazione alla gara, che privilegiano direttamente o indirettamente le imprese locali, si pongono in violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e parità di trattamento, nonché di libera circolazione, salvo il limite della logicità e della ragionevolezza, ossia della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito* " (cfr. AVCP parere n. 116 del 22.10.2009, n. 251 del 10.12.2008).

Venendo al caso di specie, si tratta in primo luogo di verificare con riferimento ai punti 14.1c, 14.1d, 14.1e del bando di gara, se le clausole censurate siano conformi ai predetti principi ovvero se creino una situazione di favore per alcune imprese a discapito delle altre.

Al riguardo si osserva preliminarmente che oggetto dell'appalto è l'affidamento del servizio di attività educativa e che la stazione appaltante ha ritenuto opportuno inserire tra gli elementi di valutazione

della qualità del servizio offerto: la presenza di sedi operative nell'ambito del territorio del distretto (punto 14.1c); le esperienze documentate sul territorio del distretto nell'ultimo triennio a seconda della durata del servizio oggetto dell'appalto (punto 14.1d); i protocolli o altro tipo di rapporti di rete già stabilito con enti ed istituzioni del territorio distrettuale per servizi inerenti all'oggetto dell'appalto (punto 14.1e).

Ebbene, le previsioni sopra indicate non rispettano i principi di ragionevolezza, parità di trattamento e di libera concorrenza di cui all'art. 2, comma 1, D.Lgs. 163/2006, in quanto da un lato, non risultano idonei a soddisfare l'interesse della stazione appaltante a contrarre con l'operatore che ha presentato l'offerta migliore, e, dall'altro, determinano un ingiustificata disparità di trattamento tra gli operatori. Circa il primo aspetto, si osserva che a ben vedere le prescrizioni censurate esulano dal merito dell'offerta tecnica, non incidendo sulla reale qualità del servizio da prestare, e, difatti, dalla documentazione in atti risulta che la stazione appaltante ha preso in considerazione, ai fini della valutazione della qualità dell'offerta, il mero possesso degli elementi indicati nelle citate disposizioni, senza valutare l'eventuale influenza degli stessi sulle prestazioni contrattuali da eseguire. Tali disposizioni, inoltre, risultano non conformi all'art. 83, comma 1, D.Lgs. 163/2006 in quanto non appaiono pertinenti con l'oggetto dell'affidamento in esame, tanto è vero che la stazione appaltante ha inserito le medesime prescrizioni, oggi al vaglio dell'Autorità, in tre distinti bandi relativi all'affidamento di servizi differenti (attività educativa, assistenza domiciliare anziani e disabili, centri di aggregazione per minori), che richiedono all'evidenza prestazioni diverse e, quindi, anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica diversi. Circa il secondo aspetto, si rileva che la valutazione del possesso di sedi operative nel territorio del distretto, di pregressa esperienza nel territorio, di protocolli o di un sistema di rete sul territorio, ha l'effetto di privilegiare le imprese locali, compromettendo di fatto la libera concorrenza degli operatori, senza trovare alcuna ragionevole ragione d'essere nella necessità di tutela di un pubblico interesse.

Le disposizioni censurate neppure possano trovare fondamento nella previsione del DPCM richiamata dalla stazione appaltante, che contempla tra gli elementi qualitativi da valutare ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche la "*conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità*", dal momento che nel caso di specie l'Amministrazione ha fatto riferimento ad elementi diversi ed ulteriori rispetto a quelli indicati nel predetto DPCM.

Sotto altro profilo e limitatamente alla disposizione di cui al punto 14.1.d, si osserva che quest'ultima determina un'illegittima commistione tra i requisiti che i concorrenti debbono possedere per partecipare alla gara ed i criteri di aggiudicazione dell'offerta. Tale previsione, infatti, contiene un mero riferimento alle esperienze maturate nell'ultimo triennio, che all'evidenza rappresentano qualità soggettive dei concorrenti e sono, pertanto, valutabili ex art. 42 D.Lgs. 163/2006 e non nell'ambito dell'offerta tecnica ex art. 83, comma 1, D.Lgs. 163/2006.

Con riferimento alla seconda censura mossa alle disposizioni di cui al punto 14.2 del bando di gara, ma lo stesso dicasi anche per la previsione di cui al punto 14.1.c, si osserva che la determinazione della stazione appaltante in merito agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non risulta conforme alla disposizione dell'art. 83, comma 4, D.Lgs. 163/2006. L'Autorità nell'analizzare il contenuto e la novella di tale norma ha sottolineato che "*l'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di garantire il principio di trasparenza, è affrontata oggi dal citato l'art. 83, imponendo che tutti i criteri di valutazione dell'offerta (criteri generali, sub-criteri e criteri motivazionali), nonché i relativi punteggi, siano stabiliti fin dalla formulazione del bando di gara, con conseguente esclusione di spazi integrativi, di specificazione o di articolazione degli stessi in capo alla commissione di gara*" (cfr Avcp parere n.137 del 19.11.2009), quest'ultima, quindi, non può più, come accadeva in passato, specificare i criteri di valutazione indicati nel bando di gara.

Di contro, il bando in esame si limita ad indicare per ogni voce valutabile il punteggio minimo e massimo attribuibile alla stessa, senza alcuna determinazione in merito ai criteri motivazionali da utilizzare per la graduazione del punteggio.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le disposizioni del bando di gara censurate non siano conformi alle disposizioni degli artt. 2, comma 1, e 83, commi 1, e 4, D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito