

Parere n. 156 del 17/12 /2009

PREC 62/09/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Bollanti Veicoli Sanitari s.r.l. - Fornitura di n. 10 ambulanze con contratto di leasing della durata di 5 anni e riscatto finale - S.A.: Croce Rossa Italiana-Comitato provinciale di Roma.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 marzo 2009 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Bollanti Veicoli Sanitari s.r.l. ha esposto di essere stata esclusa dalla procedura di gara in oggetto per non aver versato ed inserito, all'interno di una delle buste di gara, il contributo a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

A tale proposito, l'impresa istante ha osservato che in nessun documento di gara - Bando o Disciplinare - era prescritto tale obbligo e che, non essendo stata neanche indicata una base d'asta, non si poteva fare riferimento alla tabella prevista nell'art. 2 della Delibera dell'Autorità relativa all'attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, che fissa la quota da versare in relazione all'importo posto a base d'asta.

L'istante ha, inoltre, rilevato che la stazione appaltante non aveva definito i sub-criteri relativi all'attribuzione del punteggio, in relazione ad alcune voci dell'offerta, preferendo riservare alla Commissione giudicatrice un ambito di apprezzamento discrezionale del profilo tecnico-funzionale. Tale impostazione - a giudizio dell'istante - risulterebbe in palese contrasto con quanto stabilito con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, c.d. terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, che ha previsto la soppressione dell'ultimo periodo dell'articolo 83, comma 4, con la conseguenza che, da un lato, sono state ristrette le facoltà della Commissione giudicatrice con specifico riguardo alla possibilità di stabilire i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi relativi ai criteri e sub-criteri e, dall'altro, è stato previsto l'obbligo per la stazione appaltante di fissare negli atti di gara tutti i criteri e i relativi pesi ponderali, con la conseguenza che, nel caso di specie, dovevano essere definiti già nella documentazione di gara sia i sub-criteri sia il punteggio minimo e il punteggio massimo da attribuire ad ogni sub-criterio.

In conclusione, l'istante ha chiesto la riammissione in gara o l'annullamento della stessa, per inadempienze della stazione appaltante sulla redazione degli atti di gara.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la Croce Rossa Italiana ha rappresentato - *ex adverso* - quanto segue.

Per quanto attiene all'esclusione dalla gara per non aver versato ed inserito, all'interno di una delle buste di gara, il contributo a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è stato osservato che - per espressa previsione normativa (art. 1, comma 67 legge 23 dicembre 2005, n. 266) - il pagamento del contributo è qualificato come condizione di ammissibilità dell'offerta, con la conseguenza che la sua mancanza non può che condurre necessariamente all'esclusione dell'impresa, per carenza essenziale dell'offerta. Inoltre, la stazione appaltante ha respinto l'eccezione del difetto di espressa previsione nel bando di gara, sulla scorta del rilievo che l'anzidetta disposizione normativa possiede efficacia integrativa dei bandi, con la conseguenza che, nel caso di specie, la stazione appaltante non era vincolata a riprodurre tale prescrizione nel contesto della *lex specialis* di gara.

Con riferimento, invece, alla questione della mancata definizione dei sub-criteri di attribuzione del punteggio di "qualità tecnica", la stazione appaltante ha, preliminarmente, eccepito l'inammissibilità della richiesta di parere, per "*difetto di legittimazione attiva*", atteso che l'istante non ha ritenuto impugnare tempestivamente il bando di gara, condividendolo, sostanzialmente, "per accettazione". Nel merito, ha poi osservato che l'inciso "*ove necessario*", contenuto nella recente modifica della disposizione di cui all'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, rende evidente l'intento del legislatore di non prevedere in capo alle amministrazioni appaltanti un obbligo assoluto di fissare sub-criteri e sub punteggi. Al contrario, la rilevazione della necessità di agire in tal senso sarebbe rimessa, anch'essa, alla discrezionalità della stazione appaltante, che, dunque, può stabilire di non fissare nel bando gli elementi di disaggregazione degli elementi costitutivi dell'offerta. In ogni caso, secondo la Croce Rossa Italiana, resterebbe sempre operante un vincolo inderogabile: l'obbligo della Commissione di fissare, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire, a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione, il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando. Ciò significa - a giudizio della stazione appaltante - che, se i sub-criteri non sono stati fissati dal bando, essi saranno determinati in uno con la specificazione dei criteri motivazionali, sempre da parte della Commissione. In tal modo, verrebbe comunque garantito il rispetto della *par condicio*.

Ritenuto in diritto

Le questioni sottoposte all'Autorità con la presente istanza di parere riguardano, da un lato, il mancato versamento del contributo previsto dall'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e, dall'altro, la mancata definizione dei sub-criteri relativi all'attribuzione del punteggio.

Relativamente alla prima problematica, occorre premettere che questa Autorità si è più volte pronunciata in merito alla questione del versamento del contributo.

Innanzitutto, con le deliberazioni che l'Autorità ha emanato in attuazione dell'articolo 1, commi 65 e 67 della Legge 23 dicembre 2005 n. 266 (Deliberazioni 10 gennaio 2007, 24 gennaio 2008 e 30 luglio 2008), alla stregua delle quali gli operatori economici che intendono partecipare a procedure di scelta del contraente sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione, nonché devono dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione, in quanto la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara. E' stato inoltre precisato che l'onere contributivo non sussiste, invece, nelle ipotesi in cui l'importo a base d'asta sia inferiore a 150.000 euro.

Né l'obbligo di contribuzione viene meno nelle ipotesi in cui non vi sia alcuna prescrizione in tal senso nella disciplina di gara dal momento che, come più volte affermato dall'Autorità (cfr. i pareri n. 25 del 31 gennaio 2008, n. 189 del 19 giugno 2008 e n. 69 dell'11 giugno 2009), gli operatori economici, anche qualora la *lex specialis* non contenga prescrizioni in ordine all'obbligo contributivo, sono ugualmente tenuti ad effettuare tale versamento, stante il fatto che la dimostrazione del pagamento del contributo costituisce per essi condizione inderogabile di ammissione a presentare l'offerta.

Allo stesso modo, non può essere motivo di esenzione dal versamento del contributo ai fini della partecipazione alla gara il fatto che la base d'asta e, quindi, il valore dell'appalto non sia determinato dalla *lex specialis*, dal momento che le *Risposte ai quesiti sui contributi in sede di gara* (consultabili sul sito internet dell'Autorità) disciplinano espressamente tale fattispecie, disponendo che qualora l'importo a base di gara non sia previsto, la determinazione del contributo da versare avviene considerando l'importo massimo previsto dalla deliberazione del 24 gennaio 2008 (cfr. FAQ n. 29), stabilendo in tal modo che nessun tipo di esenzione contributiva sussista in casi simili in capo alla stazione appaltante e all'operatore economico (cfr., da ultimo, parere n. 92 del 10 settembre 2009). Ne consegue che qualora una stazione appaltante accerti, nel corso delle operazioni di gara, che un concorrente non abbia versato il contributo all'Autorità deve procedere alla sua esclusione a prescindere dal fatto che la *lex specialis* nulla preveda in tal senso e che il valore dell'appalto sia indeterminato.

Per quanto attiene invece alla seconda questione, concernente la mancata definizione dei sub-criteri relativi all'attribuzione del punteggio, è noto che la disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa contenuta nell'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici è stata recentemente modificata dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (cd. terzo decreto correttivo), che ha reso 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.

Ad avviso della Croce Rossa Italiana la descritta innovazione normativa sostanzialmente non modifica l'assetto dei rapporti tra stazione appaltante e Commissione giudicatrice, dovendosi interpretare la locuzione "*ove necessario*", contenuta nella disposizione di cui all'art. 83, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, nel senso che la stazione appaltante resta arbitra di decidere, nel caso in cui stabilisca dei sub-criteri, se procedere alla relativa ponderazione ovvero se lasciare tale facoltà alla Commissione di gara.

Tale interpretazione non può essere condivisa, perché in evidente contrasto con la *ratio legis*, ritenendosi invece che il predetto inciso debba essere interpretato nel senso che la stazione appaltante non è obbligata a fissare i sub-criteri, ma se compie tale operazione deve fissare anche i sub-punteggi e i relativi criteri motivazionali (cfr.: parere n. 22 del 12 febbraio 2009).

Nel caso di specie occorre, pertanto, valutare se la stazione appaltante abbia rimesso o meno alla Commissione giudicatrice la valutazione di determinati parametri. Al riguardo si evidenzia che nel bando di gara, al punto n. 4 "*Criteri e modalità di aggiudicazione*", era stato stabilito che la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe avvenuta mediante la valutazione dei seguenti parametri: "*prezzo*", "*consegna*" e "*qualità*". Inoltre, per quanto attiene al criterio della "*qualità*" - per il quale la Commissione disponeva di 60 punti complessivi - il bando di gara elencava ulteriori elementi di valutazione, secondo l'articolazione di seguito riportata. *Qualità del veicolo base*: 1) sicurezza e comfort; 2) dimensioni, funzionalità e aspetti ergonomici; 3) prestazioni (Max 5 punti). *Qualità degli allestimenti*: 1) qualità dei materiali e dei componenti; 2) robustezza e rifiniture; 3) impiantistica (Max 15 punti). *Caratteristiche qualitative e apparecchiature elettromedicali*: 1) caratteristiche tecniche e funzionali; 2) facilità di utilizzo (Max 20 punti). *Aspetti manutentivi*: 1) tempo di intervento in caso di guasto; 2) modalità di fornitura del servizio di assistenza durante il periodo di garanzia, relativa all'automezzo, alle attrezzature ed alle apparecchiature, vettura sostitutiva, etc.; 3) centro di servizio e punti di assistenza (Max 20 punti). Il bando precisava inoltre che "*sotto il profilo tecnico-funzionale la Commissione giudicatrice valuterà le offerte a suo insindacabile giudizio, attribuendo, agli elementi di valutazione i punteggi a*

disposizione sopra riportati”.

Per quanto sopra rilevato in termini generali, tale disposizione della *lex specialis* non appare conforme al dettato normativo, atteso che alla legittima previsione di sub-criteri di valutazione, non ha fatto seguito la necessaria predeterminazione da parte della stazione appaltante nella documentazione di gara dei relativi sub-punteggi e dei criteri motivazionali di attribuzione degli stessi, entrambi rimessi all’insindacabile giudizio della Commissione giudicatrice.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- il mancato versamento del contributo previsto dall’art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 costituisce legittimo motivo di esclusione dalla procedura concorsuale anche nel caso in cui il bando di gara non preveda espressamente tale obbligo né la base d’asta;
- la disciplina dell’offerta economicamente più vantaggiosa, contenuta nell’art. 83, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, come modificata dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, non consente alla stazione appaltante di rimettere al giudizio insindacabile della Commissione di gara l’attribuzione dei punteggi per i sub-criteri di valutazione dell’offerta, in assenza di una predeterminazione negli atti di gara dei relativi sub-punteggi e dei criteri motivazionali di attribuzione degli stessi.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2010