

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 92

del 20.03.2008

PREC 434/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Azienda Servizi Integrati S.p.A. – Servizio di lettura contatori idrici.

Il Consiglio

Considerato in fatto

L'Azienda Servizi Integrati S.p.A. (A.S.I. S.p.A.) ha avviato apposita procedura in economia al fine di selezionare, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il contraente privato cui affidare il servizio di lettura dei contatori idrici, per un importo pari a 58.000,00.

Nella lettera di invito viene richiesto ai fini della partecipazione il possesso dei seguenti requisiti:

1. iscrizione alla CCIAA da almeno 4 anni antecedenti alla data della lettera di invito;
2. svolgimento nel triennio 2004, 2005, 2006 di attività di lettura di contatori idrici e/o gas e/o elettricità per conto di Enti Pubblici o Aziende Pubbliche e/o Private;
3. possesso della certificazione di qualità ISO 9001.

La medesima lettera d'invito precisa che l'aggiudicazione avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo fino ad un massimo di 60 punti per la parte economica e fino ad un massimo di 40 punti per la parte tecnica.

Proprio in relazione alla parte tecnica, viene altresì precisato che ai “*servizi di lettura di misuratori di consumi acqua e/o gas e/o elettricità per conto di Enti Pubblici o Aziende Pubbliche o Imprese Private nel territorio servito dall’A.S.I. S.p.A. svolti nel triennio 2004, 2005, 2006*” verrà attribuito un punteggio massimo di 15 punti.

In data 24 luglio 2007, è pervenuta all’Autorità l’istanza di parere di cui all’oggetto, con la quale la medesima Azienda ha rappresentato di aver ricevuto contestazioni da parte delle ditte offerenti che lamentano l’illegittimità del suo operato perché in contrasto con i principi enunciati nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2007.

In particolare, viene contestato che l’Azienda attribuisca uno specifico punteggio ai “*servizi di lettura di misuratori di consumi acqua e/o gas e/o elettricità per conto di Enti Pubblici o Aziende Pubbliche o Imprese Private nel territorio servito dall’A.S.I. S.p.A. svolti nel triennio 2004, 2005, 2006*”, trattandosi di un requisito previsto ai fini della selezione dei concorrenti.

L’Azienda, dal suo canto, sostiene di non essere obbligata al rispetto alla menzionata Circolare in quanto riferita agli appalti sopra soglia ed evidenzia che, in ogni caso, le acquisizioni di beni e servizi in economia fino all’importo di 211.000 euro sono svincolate dalla rigidità delle procedure previste per la gara in senso proprio.

L’Azienda medesima, inoltre, ritiene di aver comunque agito con trasparenza, nel rispetto del principio di concorrenza, avendo proceduto ad invitare cinque ditte, senza porre sbarramenti in fase di selezione degli offerenti, avendo attribuito altresì un peso rilevante alla voce prezzo rispetto alla parte tecnica dell’offerta, nonché avendo previsto, in relazione all’espletamento di servizi analoghi, solo un punteggio aggiuntivo che non costituisce elemento pregiudiziale ai fini della partecipazione alla procedura.

Con la propria istanza l’Azienda, avendo riscontrato che una delle società offerenti è indirettamente partecipata da Enti locali di una diversa Regione d’Italia, intende altresì conoscere se tale società possa concorrere all’affidamento del servizio ai sensi della deliberazione dell’Autorità n. 135/2007.

Ritenuto in diritto

In relazione al primo quesito formulato, concernente la legittimità della scelta della stazione appaltante di attribuire un punteggio, ai fini della valutazione dell'offerta, all'esperienza del concorrente nel triennio precedente, si precisa quanto segue.

Dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2007, recante *“Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi”*, si evince che, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità per la selezione dell'offerente e criteri di aggiudicazione per la selezione dell'offerta è rigorosa.

Viene inoltre sancito che, qualora il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati criteri variabili, ma collegati esclusivamente all'oggetto dell'appalto e non alla capacità del prestatore.

In particolare, gli elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale, in quanto attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti e non possono essere invece presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta.

Nel caso di specie, l'Azienda ha inserito nella lettera d'invito, quale requisito di partecipazione, l'esperienza pregressa di *“aver svolto nel triennio 2004, 2005, 2006 attività di lettura di contatori idrici e/o gas e/o elettricità per conto di Enti Pubblici o Aziende Pubbliche e/o Private”*, ma ha anche attribuito al medesimo requisito un punteggio ai fini della valutazione dell'offerta.

Così operando l'Azienda ha violato i principi enunciati nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2007 che, sancendo la necessità di distinguere i criteri soggettivi di selezione dell'offerente dai criteri oggettivi di selezione dell'offerta, ne vieta la commistione.

Peraltro, l'Autorità si è più volte pronunciata sull'argomento (da ultimo, deliberazioni n. 30/2007 e 185/2007 e pareri n. 37/2008 e 50/2008) ritenendo che, nell'individuazione dei criteri di valutazione dell'offerta, laddove si ricorra al sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione non possa operare una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, che contrasta, peraltro, con la normativa comunitaria e con la normativa nazionale di riferimento.

L'argomentazione addotta dall'Azienda istante, secondo cui la predetta Circolare non sarebbe vincolante e sarebbe in ogni caso inapplicabile ad una procedura in economia per un appalto sotto soglia comunitaria, appare inconferente.

Infatti, i principi enunciati dalla menzionata Circolare non possono trovare applicazione limitata ai soli appalti di rilevanza comunitaria, in quanto una portata applicativa così circoscritta risulta ingiustificata e non tiene conto del fatto che agli appalti sotto soglia si applicano comunque i principi comunitari di principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Diversamente opinando, verrebbe altresì vanificata la *ratio* stessa della legislazione nazionale tesa, da un lato, a dare attuazione alle direttive comunitarie e, dall'altro, ad estendere ai contratti sotto soglia la disciplina prevista per i contratti sopra soglia, ad eccezione di alcune norme specificamente individuate, al fine di contemperare, in tal modo, l'esigenza di tutela dei principi di derivazione comunitaria con la necessità di una semplificazione delle procedure medesime.

Peraltro, l'articolo 121 del Codice dei contratti, nel definire la disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, sancisce che ad essi si applicano, oltre alle disposizioni della Parte I, della Parte IV e della Parte V, anche le disposizioni della Parte II, in quanto non espressamente derogate dal Titolo II, tra cui rientrano certamente quelle relative ai criteri di selezione delle offerte di cui agli articoli 83 e seguenti del Codice.

Conseguentemente, l'operato dell'Azienda Servizi Integrati S.p.A. appare non conforme alla disciplina di riferimento, nella misura in cui, realizzando una indebita commistione tra requisiti di selezione dell'offerente e requisiti di selezione dell'offerta, non rispetta i principi sanciti dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2007.

In relazione all'ulteriore quesito formulato dall'istante, concernente la possibilità, ai sensi della deliberazione dell'Autorità n. 135/2007, per una società indirettamente partecipata da Enti Locali di un'altra Regione di concorrere per l'affidamento del servizio di lettura dei contatori, si precisa quanto segue.

La menzionata deliberazione riguarda l'ambito di operatività dell'articolo 13, comma 1, del d.l. Bersani, come convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248, alla stregua del quale *“le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti”*.

La norma, pertanto, vieta l'attività *extra moenia* di dette società, al fine di porre un freno all'incidenza che la loro composizione può comportare sull'assetto del mercato, minando quindi la libera concorrenza, in ragione del fatto che detti soggetti godono di asimmetrie informative di notevoli dimensioni, in grado di alterare la *par condicio* con gli altri operatori agenti nello stesso mercato e di eludere sostanzialmente il rischio d'impresa.

La deliberazione n. 135/2007 estende il divieto di svolgere attività *extra moenia* anche alle ipotesi in cui la partecipazione dell'ente locale alla società sia meramente indiretta, al fine di evitare che l'applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate.

Infatti, nelle società c.d. di terzo grado, ovvero quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime, poiché l'assunzione del rischio avviene con una quota di capitale pubblico, possono integrarsi meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della *par condicio* dei concorrenti.

Pertanto, anche le società indirettamente partecipate da Enti Locali non possono concorrere, ai sensi dell'articolo 13, comma 1 della legge n. 248/2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

Alla luce di tali considerazioni, al fine di definire se ammettere una società indirettamente partecipata da Enti Locali possa essere ammessa alla procedura per l'affidamento di un servizio *extra moenia*, la stazione appaltante deve innanzitutto accertare se il servizio in questione rientri nella fattispecie di cui all'articolo 13 della legge n. 248/2006, e dunque che non si tratti di un servizio pubblico locale; successivamente individuare la sussistenza del presupposto soggettivo indicato dalla norma, ovvero che si tratti di società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali; infine accertare che sussista il presupposto oggettivo indicato dalla disposizione in commento, consistente nella produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli Enti partecipanti, in funzione della loro attività, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza.

Conseguentemente, una società c.d. di terzo grado non può essere ammessa ad una procedura di affidamento di un servizio qualora, dall'accertamento effettuato dalla stazione appaltante, siano rinvenibili i menzionati presupposti di operatività dell'articolo 13 della legge n. 248/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di comunicare alle Parti interessate che:

1. è illegittimo l'operato della stazione appaltante nella misura in cui realizza una indebita commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta;
2. una società indirettamente partecipata da un ente locale non può essere ammessa ad una procedura di affidamento di un servizio *extra moenia* esclusivamente qualora, dall'accertamento effettuato dalla stazione appaltante, siano rinvenibili i presupposti di operatività soggettiva ed oggettiva dell'articolo 13 della legge n. 248/2006.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Piero Calandra

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9.04.2008