

Parere n. 88 del 10/09/2009

PREC 254/08/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 INPA S.p.A. – Servizio di accertamento e riscossione della tassa di occupazione spazi ed aree provinciali (T.O.S.A.P.) - Importo a base d'asta €60.000,00 - S.A.: Provincia di Carbonia Iglesias.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 aprile 2008, è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere con la quale la INPA S.p.A. ha contestato la formula adottata dalla stazione appaltante, Provincia di Carbonia Iglesias, per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica in relazione all'affidamento in concessione mediante procedura aperta del servizio di accertamento e riscossione della tassa di occupazione spazi ed aree provinciali (T.O.S.A.P.).

A norma dell'art. 3 del bando di gara, il corrispettivo del servizio è determinato dall'aggio sulla riscossione complessiva delle entrate (tasse, sanzioni, interessi ed accessori) per il periodo di durata della concessione (cinque anni). L'aggio di riscossione posto a base di gara è pari al 30% dell'importo riscosso dal concessionario, comprensivo di ogni onere e spesa sostenuti dal concessionario medesimo. Il gettito stimato dall'Amministrazione provinciale per l'anno 2008 è pari a €60.000,00.

Il criterio di selezione dell'offerta è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs n. 163/2006, valutata attribuendo fino a 60 punti per il progetto di organizzazione e gestione del servizio e fino a 40 punti per l'offerta economica, per complessivi 100 punti.

In particolare il punteggio per l'offerta economica viene assegnato applicando la seguente formula: $C = P - (A : Amed)$, precisando che C = punteggio raggiunto; P = punteggio massimo attribuibile; A = aggio richiesto; Amed = Aggio medio di tutte le offerte.

In proposito, l'impresa istante lamenta che, applicando la predetta formula agli aggi offerti dalle aziende partecipanti, il distacco reale tra la migliore offerta economica e la peggiore – che dovrebbe essere pari a 40 punti – non potrebbe mai essere superiore a 4. L'offerta economica si rivelerebbe quindi totalmente ininfluenza ai fini dell'aggiudicazione, che verrebbe determinata esclusivamente sulla base del punteggio attribuito all'offerta tecnica. Ciò amplierebbe a dismisura il potere discrezionale della stazione appaltante, che – come evidenziato dalla giurisprudenza richiamata dall'impresa istante (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194) – sarebbe libera di scegliere *ex ante* la società che eserciterà il servizio con l'attribuzione di un punteggio per l'offerta tecnica che vanifichi totalmente la rilevanza dell'offerta economica, contravvenendo così ai principi

comunitari posti a tutela della concorrenza e della *par condicio* dei partecipanti alle procedure concorsuali.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Provincia di Carbonia Iglesias, con nota del 27 maggio 2008 n. 7999, ha ribadito che la valutazione dell'offerta economica riceve, nel complessivo contesto della procedura, un peso assolutamente congruo rispetto alle tipologie del servizio richiesto e al limitato gettito del tributo in questione. Infatti, per il primo anno di applicazione del tributo (2007), l'entrata è stata pari a €19.314,70 e quindi, anche applicando l'aggio massimo del 30%, il costo annuale per l'ente sarebbe di € 5.794,41. Al riguardo, la stazione appaltante aggiunge una considerazione che sembra però confermare quanto dedotto dall'impresa istante, precisando che “qualora l'offerente proponesse una riduzione dell'aggio anche in misura pari al 50% rispetto all'importo massimo previsto, la stazione appaltante otterrebbe un vantaggio economico assolutamente irrilevante nel contesto complessivo di un servizio erogato al cittadino”. Viene così sostanzialmente ammessa l'effettiva ininfluenza dell'offerta economica a fronte del peso del 40% astrattamente attribuitole. La stazione appaltante sottolinea inoltre che la INPA S.p.A. non ha partecipato alla procedura concorsuale e non sarebbe quindi portatrice di alcun interesse meritevole di tutela.

Ritenuto in diritto

Con riferimento alla preliminare eccezione di carenza di interesse dell'impresa INPA S.p.A. in quanto non avrebbe partecipato alla gara in questione, va osservato che l'art. 2 del nuovo regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, adottato dall'Autorità il 10 gennaio 2008 (in G.U. 28 gennaio 2008, n. 23) ha ampliato la categoria dei soggetti legittimati a richiedere il parere in questione rispetto all'art. 2 del precedente regolamento del 10 ottobre 2006 (in G.U. 24 ottobre 2006, n.248), aggiungendo alla “stazione appaltante” e alla “parte interessata” (divenuta “l'operatore economico”) anche i “soggetti portatori di interessi pubblici o privati nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati”.

Ciò premesso, va tuttavia rilevato che, nella prassi dell'Autorità, il requisito della partecipazione alla procedura concorsuale viene generalmente considerato necessario per poter rivolgere l'istanza di parere, anche alla luce della causa di inammissibilità introdotta dall'art. 3 del nuovo regolamento, attinente all'“assenza di una controversia insorta fra le parti”. Infatti, chi non abbia partecipato alla procedura concorsuale, resta un soggetto terzo rispetto alle eventuali controversie che possano insorgere tra la stazione appaltante e le altre parti interessate.

Ciò non toglie che, in casi eccezionali, come nel caso di specie, quando la richiesta di parere investa questioni di massima che riguardino aspetti cruciali delle regole della concorrenza, sulla corretta osservanza delle quali l'Autorità è istituzionalmente deputata a vigilare nel settore di propria competenza, possa sussistere un interesse strumentale di un soggetto non partecipante alla gara all'enunciazione di principi che possano orientare, anche in futuro, le stazioni appaltanti nella stesura dei bandi di gara nel pieno rispetto delle regole del mercato.

Come già evidenziato nel parere del 20 marzo 2008 n. 95, l'Autorità è infatti competente ad esaminare l'avvenuto rispetto della concorrenza sotto il profilo della garanzia di un'ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore ed in particolare è chiamata a vigilare su un'effettiva concorrenza che, come recentemente statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza del 22 novembre 2007, n. 401, deve essere intesa come concorrenza “per” il mercato, in cui il

contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali.

Premesso quanto sopra, deve ritenersi che la formulazione del criterio di assegnazione del punteggio all'offerta economica contenuta nel bando sia tale da compromettere i predetti valori.

Come è noto, la disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del Codice dei contratti è stata recentemente modificata dal c.d. terzo correttivo (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152) che ha reso più stretti gli ambiti di libertà valutativa delle offerte, imponendo alle stazioni appaltanti di stabilire, fin dalla formulazione del bando, 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, conformemente ai principi comunitari (pareri dell'Autorità del 12 febbraio 2009 n. 22 e 26 febbraio 2009 n. 27).

In proposito, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha ricordato che i criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara e devono rispettare i principi fondamentali di parità di trattamento e trasparenza (sentenza 17 settembre 2002, causa C-13/99, Concordia Bus Finland, punto 64). In particolare, la Corte di giustizia ha precisato che il dovere di rispettare il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici e che i concorrenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano l'offerta, sia nel momento in cui queste sono valutate (sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, punto 34).

Alla luce di tali principi, se è vero che rientra nella discrezionalità amministrativa l'individuazione dei criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, nel rispetto della proporzionalità e della ragionevolezza (parere dell'Autorità del 20 aprile 2008 n. 93), è anche vero che, una volta effettuata tale scelta discrezionale, attribuendo un massimo di 60 punti all'offerta tecnica ed un massimo di 40 punti all'offerta economica, la stazione appaltante non può adottare una formula matematica che, nella sostanza finisca, per rendere totalmente ininfluenza l'offerta economica, riducendo da 40 a 4 punti il possibile scarto tra il minimo ribasso e il massimo ribasso.

Nella fattispecie, si pensi ad esempio alla presentazione di cinque offerte in cui il ribasso dell'aggio di riscossione, costituente il corrispettivo del servizio, sia pari, rispettivamente, al 29%, al 28%, al 27%, al 26% e al 1%. L'aggio medio di tutte le offerte sarebbe del 22,2% e il punteggio attribuibile alle cinque offerte sarebbe, rispettivamente:

$$38,70 = 40 - (29 : 22,2)$$

$$38,74 = 40 - (28 : 22,2)$$

$$38,79 = 40 - (27 : 22,2)$$

$$38,83 = 40 - (26 : 22,2)$$

$$39,96 = 40 - (1 : 22,2)$$

Quindi tra un'offerta economica di minimo ribasso del 29% e un'offerta di massimo ribasso del 1% vi sarebbe uno scarto di punteggio assegnabile di soli 1,26 punti.

La decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194, invocata dall'impresa istante, è del tutto pertinente, essendosi occupata di un caso simile in cui, a fronte di un criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che prevedeva l'attribuzione di un

punteggio fino a 60 punti per l'offerta tecnica e di un punteggio fino a 40 punti per l'offerta economica, la formula matematica adottata conduceva a comprimere il *range* valutativo dell'offerta economica da 40 punti a 10 punti. In tal modo, ha osservato il Consiglio di Stato, il punteggio economico massimo attribuibile, pari, in astratto, ai 4/10 del punteggio totale, si è ridotto, di fatto – con la predetta sterilizzazione del punteggio massimo assegnabile all'offerta economica – ad un rapporto pari a circa 1/6. Percentualmente, quindi, il valore dell'offerta economica, nell'economia generale dell'attribuzione dei punteggi è disceso dal 40% ad un valore di poco superiore al 15%. Una scelta siffatta è stata ritenuta dal Consiglio di Stato illogica e contraddittoria, “finendo per svilire ingiustificatamente una delle voci principali previste per l'assegnazione dei punteggi e potendo produrre, inoltre, una situazione per cui già all'esito delle operazioni necessarie per l'assegnazione del punteggio all'offerta tecnica la commissione giudicatrice potrebbe essere in grado di definire, sostanzialmente, l'esito della gara”.

La giurisprudenza ha chiaramente affermato che, nell'ambito di una gara d'appalto svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può ritenersi logico l'utilizzo, per la valutazione economica delle offerte, di una formula matematica tendente ad attribuire un punteggio inversamente proporzionale al ribasso effettuato dai concorrenti, poiché costituisce lo strumento maggiormente idoneo a contemperare da un lato, la *par condicio* tra gli stessi e, dall'altro, l'interesse della stazione appaltante alla scelta dell'offerta migliore (TAR Lombardia Milano, sez. I, 17 ottobre 2007, n. 6102). E' stato altresì affermato che, in sede di valutazione dell'offerta economica, i criteri di attribuzione del punteggio possono essere molteplici e variabili purchè, nell'assegnazione degli stessi, venga utilizzato tutto il potenziale *range* differenziale previsto per la voce in considerazione, anche al fine di evitare un ingiustificato svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta (TAR Lazio, sezione terza quater, 13 novembre 2008, n. 10141). Tale pronuncia si è occupata di una fattispecie del tutto analoga a quella oggetto del presente parere ed ha affermato che, a seguito dell'utilizzazione del contestato criterio valutativo, si è determinato un illogico appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica, con la conseguenza che il suo valore nell'economia generale dell'attribuzione dei punteggi si è ridotto in maniera tale da privare ampiamente di contenuto significativo la stessa offerta economica e da assegnare preponderanza decisiva a quella tecnica, al di là di quello che era il rapporto potenziale oggetto di autolimitazione da parte della stessa amministrazione.

Tale sentenza è stata confermata dalla recente decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404, che, nel dare atto della novità delle questioni trattate, ha ribadito che la formula matematica impiegata, ancorata alla media delle altre offerte, si presta a facili distorsioni e turbative, essendo sufficiente presentare una offerta di disturbo con prezzi molto elevati e che si scostano dalla media degli altri (agevolmente prevedibile *ex ante* sulla scorta della conoscenza dei prezzi di mercato) per far salire verso l'alto il prezzo medio ed appiattare dunque la valutazione delle offerte economiche.

Il Consiglio di Stato ha altresì precisato che, mentre la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta consente margini di apprezzamento rimessi alla stazione appaltante, la valutazione del prezzo, sia nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nel criterio del prezzo più basso, è ancorata a semplice proporzionalità o progressività, sicchè al prezzo complessivamente più basso deve corrispondere necessariamente un punteggio complessivamente più alto, il che anche nel caso all'esame del Consiglio di Stato non si è verificato, avendo conseguito offerte economiche diverse, punteggi sostanzialmente uguali. “Tale elementare e chiaro meccanismo imposto dal diritto comunitario”, prosegue la citata decisione, “non può essere inquinato con formule matematiche ancorate a medie variamente calcolate che introducono nella valutazione della singola offerta economica elementi ad essa estranei, tratti dalle altre offerte economiche” con la conseguenza che la pur ampia discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei criteri di valutazione delle

offerte incontra un limite invalicabile “nel divieto di rendere complicato un meccanismo legale assolutamente semplice e univoco, attraverso formule matematiche non solo inutili ma addirittura dannose sia per la tutela della par condicio dei concorrenti, sia per l’efficienza ed economicità dell’azione amministrativa” posto che alla maggiore complessità delle operazioni di gara (per applicare una formula matematica non richiesta dalla legge) consegue il risultato di penalizzare ingiustificatamente le offerte più basse.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il criterio di attribuzione del punteggio dell’offerta economica contenuto nel bando si pone in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2009