

Parere n. 149 del 09/09/2010

PREC 196/09/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 Comune di Sedini – Affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani e portatori di handicap grave – Importo a base d'asta €132.647,32 – S.A.: Comune di Sedini (SS).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 gennaio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Sedini, in qualità di stazione appaltante, ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla richiesta di annullamento dell'intera procedura di gara proveniente dalla cooperativa sociale Pergo, seconda classificata, la quale ha contestato, in generale, il bando di gara, laddove viene fatto riferimento al D.Lgs. n. 163/2006 piuttosto che alla Legge Regionale sarda n. 5/2007, e, in particolare, la scelta dei criteri di costituzione della Commissione giudicatrice, ritenuti non in linea con l'art. 49, comma 1, della L.R. n. 5/2007, nonché la ponderazione del punteggio riservato all'offerta economica, limitato a 5 punti su 100, ritenuti troppo esigui.

Al riguardo la stazione appaltante ha rappresentato che la scelta di fare riferimento alla disciplina statale contenuta nel Codice dei contratti pubblici e non esclusivamente alla Legge Regionale Sardegna n. 5/2007 è prudenzialmente dipesa dal fatto che, nel periodo di approvazione e vigenza del bando di gara (14 novembre 2008 – 12 dicembre 2008) era pendente innanzi alla Corte Costituzionale un giudizio di legittimità della suddetta legge regionale, promosso dal Governo. Per quanto concerne, poi, la composizione della Commissione giudicatrice, l'Amministrazione comunale ha riferito di aver seguito la disposizione contenuta nell'art. 84, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 1 del D.Lgs. n. 113/2007, per cui, essendo stata accertata carenza in organico di adeguate professionalità, i commissari diversi dal Presidente sono stati scelti tra funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici.

Con riferimento, infine, alla ponderazione dell'elemento prezzo, la stazione appaltante ha invocato la peculiarità del servizio e richiamato, in particolare, la Legge Regionale 23 dicembre 2005, n. 23 "*Sistema integrato dei servizi alla persona*", il cui art. 38, comma 5 stabilisce che "*nell'aggiudicazione del servizio i comuni e gli enti pubblici interessati, dovendo comunque considerare prioritario l'aspetto qualitativo delle offerte, utilizzano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, considerando il fattore prezzo con peso non superiore al 30 per cento del peso complessivo e con esclusione del metodo del massimo ribasso*", precisando, altresì, che nella fattispecie le due imprese concorrenti hanno presentato il medesimo ribasso, per cui all'offerta economica è stato attribuito il medesimo punteggio.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità le imprese interessate dai rilievi non hanno formulato controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, occorre rilevare, in via generale, relativamente al rapporto tra legge statale (D.Lgs. n. 163/2006) e legge regionale (L.R. Sardegna n. 5/2007) invocata dalla cooperativa sociale seconda classificata nella procedura di gara di cui trattasi, che la Corte Costituzionale è intervenuta (con sentenza 17 dicembre 2008 n. 411) dichiarando tutte le impugnate norme regionali costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, in materie, come quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.

In proposito, richiamando le chiare indicazioni rese dalla Consulta, si deve osservare che la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi "ambiti di legislazione" che "si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono": in essa, pertanto, si profila una interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, che, tuttavia, "si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto", ma con la "prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa" in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal D.Lgs. n. 163/2006 (sentenza n. 401 del 23 novembre 2007).

La stessa Consulta, sulla base di tali direttrici, ha precisato che, in ordine alla identificazione dei predetti "ambiti di legislazione", la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenze n. 431 e n. 401 del 2007). Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004), che ha titolo pertanto a porre in essere una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure (adottata con il citato D.Lgs. n. 163/2006), la quale, avendo ad oggetto il mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni (sentenza n. 431 del 2007).

Le suddette indicazioni fornite dalla Consulta sono richiamate in questa sede in quanto idonee a dare una risposta, in termini generali, alla questione preliminare sottoposta con l'istanza di parere in oggetto, nella parte in cui pone la problematica del rapporto tra norma regionale e disciplina statale in tema di pubblici appalti ed evidenza pubblica.

Passando all'esame della prima delle due questioni di dettaglio – rappresentate nella narrativa in fatto – portate all'attenzione di questa Autorità, emerge la necessità di sottoporre ad una specifica analisi, sotto il profilo dei rapporti tra norma statale e norma regionale in discussione, la problematica ad essa sottesa, concernente le modalità di nomina dei componenti della Commissione giudicatrice.

Come riferito dalla stessa stazione appaltante, in assenza di professionalità interne adeguate per la composizione di detta Commissione, il Comune di Sedini ha fatto ricorso (anche in via prudenziale stante la pendenza all'epoca del bando del ricorso alla Consulta, poi deciso con la pronuncia n. 411 del 17 dicembre 2008 richiamata) all'art. 84 comma 8 del Codice dei contratti pubblici, a tenore del quale "In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati

fornite dalle facoltà di appartenenza”. Conseguentemente, essendo stata accertata carenza in organico di adeguate professionalità, i commissari diversi dal Presidente sono stati scelti tra funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici.

In proposito, si deve innanzitutto osservare che la Legge Regionale Sardegna n. 5/2007, invocata dalla cooperativa sociale seconda classificata, all'art. 49, comma 1, ripropone letteralmente la previsione statale predetta, omettendo, però, proprio la preliminare indicazione dei funzionari di altre amministrazioni. Inoltre, occorre rilevare che tale norma regionale non risulta intaccata dalla richiamata pronuncia di incostituzionalità del dicembre 2008, che ha investito molte disposizioni della stessa legge regionale sarda ma non l'art. 49, comma 1 in contestazione (anzi, tale norma non risultava nemmeno tra quelle impugnate). Infine, risulta dirimente evidenziare che, con la precedente pronuncia n. 401 del 23 novembre 2007, la Corte Costituzionale aveva già dichiarato l'incostituzionalità, tra gli altri, del comma 8 dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006 – al quale il Comune di Sedini ha ritenuto di far ricorso nella fattispecie in esame temporalmente successiva alla suddetta sentenza della Corte – in quanto non prevede che tale disposizione (anche nel testo modificato dal D.Lgs. n. 113/2007) abbia *“carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire”*. Nello specifico, la Corte Costituzionale ha rilevato che *“non è condivisibile la tesi secondo cui la normativa delegata – attinente alla composizione ed alle modalità di scelta dei componenti della Commissione giudicatrice – troverebbe fondamento nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza”* e che, invece, *“gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti”* (sentenza n. 401 del 2007 cit.).

Da quanto sopra discende che, stante il carattere suppletivo e cedevole della disposizione statale contenuta nell'art. 84, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006 rispetto ad una divergente normativa regionale – come l'art. 49, comma 1 della Legge Regionale sarda n. 5/2007 in rilievo nel caso di specie – il ricorso alla norma statale da parte del Comune di Sedini avrebbe potuto ritenersi esente da censura di illegittimità solo in caso di motivata impossibilità di applicare i criteri di nomina espressamente previsti dalla norma regionale di dettaglio che disciplina diversamente la fattispecie e, quindi, solo in funzione suppletiva della stessa, considerato che la norma regionale in questione non prevede, ma non esclude la facoltà di ricorrere a funzionari di altre amministrazioni contemplata invece dalla norma statale e che quest'ultima si inserisce, nel contesto disegnato dalla Consulta, quale norma di principio, trattandosi di materia riconosciuta oggetto di competenza concorrente (sentenza n. 401 del 2007). Sotto tale profilo, tuttavia, la stazione appaltante non ha fornito alcun elemento di valutazione che consenta di accertare l'eventuale impossibilità di applicare i criteri di nomina dettati dalla disposizione regionale in discussione, essendosi limitata a rappresentare, nella memoria prodotta in sede di contraddittorio, che *“i commissari diversi dal Presidente, essendo accertata carenza in organico di adeguate professionalità c/o l'Ente, sono stati scelti tra funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici; nello specifico la scelta della stazione appaltante è ricaduta su funzionari tecnici operatori sociali in servizio di ruolo cat. D presso l'ufficio servizi sociali di due enti locali limitrofi distinti”*.

In ordine alla seconda questione, concernente l'attribuzione di un punteggio al fattore prezzo ritenuto dalla cooperativa seconda classificata eccessivamente ridotto (5 punti su 100), in violazione dei principi e della normativa vigente, il Comune di Sedini ha invocato la peculiarità del servizio e la disciplina regionale sui servizi socio assistenziali, a mente della quale (art. 38, L.R. 23 dicembre 2005, n. 23) *“nell'aggiudicazione del servizio i comuni e gli enti pubblici interessati, dovendo comunque considerare prioritario l'aspetto qualitativo delle offerte, utilizzano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, considerando il fattore prezzo con peso non superiore al 30 per cento del peso complessivo e con esclusione del metodo del massimo ribasso”*.

La stessa stazione appaltante ha fatto altresì presente che nel caso di specie il ribasso presentato dai due concorrenti è stato lo stesso, cosicché il dato non ha influito sull'esito della gara.

Giova premettere, al riguardo, che la direttiva 2004/18/CE ("considerando" n. 46) prevede, nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, la piena discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nella fissazione dei criteri, purché tali criteri siano indicati nel bando di gara ed anche ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 il prezzo appare come uno tra i tanti elementi da combinare al fine di individuare l'offerta migliore (per lo più concernenti l'aspetto tecnico quali, a titolo esemplificativo: "...b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.....omissis).

La giurisprudenza amministrativa, inoltre, pur tendendo a riconoscere, nelle gare d'appalto da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la legittimità dell'attribuzione di un peso percentuale maggiore in favore dell'elemento tecnico rispetto all'offerta economica, afferma comunque, sulla base dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, che la stazione appaltante, purché sia specificato nel bando di gara e nella lettera di invito, non ha limiti nella fissazione dei punteggi da attribuire per ogni aspetto dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ne deriva che anche il prezzo possa subire degli aggiustamenti in base alla formula adottata dall'Amministrazione.

La scelta del peso da attribuire a ciascun elemento dell'offerta è rimessa, quindi, caso per caso alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque, all'importanza che, nel caso concreto, hanno il fattore prezzo e gli elementi qualitativi. Conseguentemente, le scelte concretamente poste in essere nelle clausole della *lex specialis* rientrano nella discrezionalità della stazione appaltante, che può essere sindacata solo se manifestamente illogica o irragionevole (ex multis, da ultimo TAR Lazio, Sez. III, 28 gennaio 2009 n. 630). Unico vincolo posto dal legislatore, comunitario e nazionale, è che sia il prezzo sia gli aspetti di carattere qualitativo dell'offerta siano oggetto di valutazione, atteso che l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nel "considerando" n. 46 della citata direttiva n. 18/2004, è definita quella che tende a garantire il miglior rapporto tra qualità e prezzo.

In sintesi dunque può affermarsi che quando per l'aggiudicazione della gara sia stato prescelto il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo (o massimo) predeterminato per tale elemento, purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita riconoscendosi all'elemento prezzo un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello attribuito agli altri elementi da tenere in considerazione nella scelta dell'offerta migliore, invece di combinarlo con tali altri elementi onde assicurare, da un lato, all'amministrazione il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro lato, di consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme valutazione dell'offerta (TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 21 novembre 2005, n. 6901).

Ebbene, con riguardo al caso in esame appare essersi verificata una sostanziale alterazione dei principi sopra enunciati proprio in ragione della disciplina di gara in contestazione.

Infatti, a prescindere dalle indicazioni contenute nella citata normativa regionale sui servizi socio assistenziali (art. 38, L.R. 23 dicembre 2005, n. 23) invocate dal Comune di Sedini, che per quanto sopra rilevato non possono essere interpretate come tassative per la stazione appaltante, poiché altrimenti l'Amministrazione aggiudicatrice risulterebbe vincolata nell'esercizio di una discrezionalità in materia che discende dalla stessa normativa comunitaria, proprio la

marginalizzazione dell'elemento prezzo, anche rispetto a tali indicazioni tendenziali (che prevedono per il fattore prezzo un peso non superiore al 30 per cento del peso complessivo), operata dal Comune di Sedini attraverso la limitazione del suo peso a 5 punti su 100, tale da far perdere sostanziale rilievo all'elemento prezzo (e, quindi, al dato economico) ai fini della scelta dell'aggiudicatario, senza alcuna esplicita motivazione correlata alle peculiarità specifiche dell'appalto oggetto di affidamento, ha prodotto uno "squilibrio" nella scelta razionale del peso relativo a ciascun elemento. L'effettiva irrilevanza assunta nella fattispecie in esame dall'elemento prezzo, peraltro, risulta anche in concreto confermata dalla circostanza fattuale dell'identico ribasso offerto dalle due cooperative sociali concorrenti alla procedura di gara in oggetto. La illogicità del meccanismo di aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante, per le ragioni esposte, si traduce, sul piano giuridico, in una manifesta irragionevolezza, che consente di censurare, sotto tale specifico profilo, la scelta concretamente posta in essere dall'Amministrazione comunale nelle contestate clausole della *lex specialis* di gara concernenti la ponderazione del punteggio riservato all'offerta economica.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* sia affetta dai vizi rilevati dalla cooperativa sociale Pergo seconda classificata all'esito della procedura di gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 settembre 2010