

## **Parere n. 193 del 03/11/2010**

### **PREC 66/10/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 TEQ SA – Fornitura di un sistema di bigliettazione basato su tecnologia contactless con integrate la localizzazione e il monitoraggio dei mezzi e sistema di videosorveglianza – Importo a base d'asta €1.450.000,00 – S.A.: SUN S.p.A. di Novara.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 10 marzo 2010, è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa TEQ SA, pur non contestando la legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, ha lamentato la sussistenza di molteplici vizi della procedura posta in essere dalla stazione appaltante e della stessa *lex specialis*, idonei a travolgere in radice la procedura medesima ed a consentire la rinnovazione della gara, con conseguente facoltà di riproposizione della domanda di partecipazione.

Nello specifico, l'impresa istante ha evidenziato quattro profili di criticità della procedura di gara di cui trattasi di seguito esposti.

La prima eccezione sollevata dall'istante concerne l'asserito illegittimo diniego di accesso agli atti, a seguito della presentazione di rituale istanza di accesso, in data 14 dicembre 2009 (dopo la propria esclusione dalla gara con provvedimento del 30 novembre 2009, comunicato con nota del 4 dicembre 2009), reiterata in data 19 gennaio 2010.

Al riguardo la TEQ SA ha riferito di aver chiesto esclusivamente di accedere a documenti prodotti dagli altri partecipanti attestanti i requisiti di ammissione e, precisamente: - certificato d'iscrizione alla Camera di Commercio completo di Dichiarazione Antimafia; - dichiarazione del Casellario giudiziario del firmatario dell'offerta; - certificato di qualità valido al 10 novembre 2009; - audit annuale obbligatorio per il mantenimento della validità del certificato nel caso lo stesso fosse stato emesso nell'anno precedente la scadenza della gara; - procure dei firmatari della documentazione presentata; - lettera dichiarazione prevista dall'art. 17 della l. n. 68/1999, in ordine al rispetto della normativa sui disabili; - lettera di richiesta di dimidiazione della cauzione prevista dall'art. 75, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006. Tuttavia, la stazione appaltante SUN S.p.A., ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, invitava l'impresa odierna istante a ripresentare la domanda dopo l'aggiudicazione della gara e, a seguito della reiterazione della suddetta richiesta di accesso agli atti, concedeva unicamente l'accesso ai verbali di gara, differendo l'accesso agli altri atti al momento dell'aggiudicazione.

Di contro, con specifico riferimento all'ipotesi contemplata sublett. c) del citato art. 13 del Codice dei contratti pubblici, l'impresa istante ha richiamato l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui il diritto di accesso può essere differito sino all'aggiudicazione solo in relazione alle offerte presentate dai concorrenti, per le informazioni contenute nelle offerte stesse che potrebbero rivelare segreti tecnici o commerciali; per converso, il differimento non dovrebbe essere applicato qualora una concorrente chieda l'accesso ai documenti attestanti i requisiti di ammissione e ai verbali di gara (TAR Puglia, Bari, sez. I, 18 novembre 2008, n. 2612).

Il secondo profilo di illegittimità evidenziato dall'istante riguarda il difetto di motivazione del suddetto provvedimento di differimento dell'accesso, con conseguente violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990.

Quanto al terzo profilo di criticità eccepito, secondo l'impresa TEQ SA, la stazione appaltante avrebbe violato l'art. 75, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, per non aver richiesto di documentare, in sede di gara, il possesso della certificazione ISO 9000 mediante allegazione, all'istanza di dimidiazione della cauzione provvisoria, del certificato medesimo e del relativo obbligatorio Audit annuale di mantenimento, ritenendo sufficiente in questa fase la sola dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, rinunciando di fatto a verificarne la reale esistenza.

In proposito, l'istante ha precisato che la certificazione di qualità viene rilasciata da soggetti di diritto privato i quali, in caso di verifica d'ufficio da parte della stazione appaltante procedente, non sono tenuti affatto a produrre la certificazione di qualità (obbligo che invece avrebbero se potessero considerarsi pubbliche Amministrazioni certificanti). Ciò implica, secondo la concorrente odierna istante, che la certificazione di qualità non sarebbe sostituibile con autodichiarazione; il che troverebbe conferma, a livello normativo, nell'art. 19 del T.U. approvato con D.P.R. n. 445/2000, secondo cui *“la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (...) può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento è conforme all'originale”*, soltanto qualora quest'ultimo sia *“conservato o rilasciato da una pubblica Amministrazione”*. Del resto – precisa la TEQ SA – l'articolo 49, primo comma, del citato T.U. ha mantenuto l'eccezione al generale principio di autocertificabilità già prevista dall'art. 10, primo comma, del D.P.R. 403/1998, stabilendo che *“i certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti non possono essere sostituiti da altro documento, salvo diverse disposizioni della normativa di settore”*.

Infine, il quarto profilo di illegittimità contestato, riguarda l'asserita violazione da parte della stazione appaltante dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto, a fronte di un criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che prevede l'attribuzione di un massimo di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 punti per l'offerta economica, la formula matematica adottata nel bando di gara condurrebbe a comprimere il *range* valutativo della seconda fino a 13 punti. La formula utilizzata, infatti, priverebbe di sostanziale incidenza l'offerta economica, assegnando preponderanza decisiva a quella tecnica, in contrasto con il rapporto potenziale oggetto di autolimitazione da parte della stessa amministrazione.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la SUN S.p.A., con nota acquisita in data 19 aprile 2010, ha respinto puntualmente tutte le censure mosse dall'impresa istante TEQ SA.

In relazione all'asserito illegittimo diniego di accesso agli atti, la stazione appaltante ne ha escluso la configurabilità nella fattispecie, in quanto la stessa si sarebbe limitata a disporre il differimento a un momento successivo all'avvenuta aggiudicazione della procedura, in applicazione del citato art. 13, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, relativo alle offerte.

Quanto all'eccepito difetto di motivazione del suddetto provvedimento di differimento dell'accesso, con conseguente violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, la SUN S.p.A. ha replicato come nelle comunicazioni di risposta fornite alla TEQ SA, in data 4 gennaio 2010 e 5 febbraio 2010, siano state chiaramente evidenziate le motivazioni di detto provvedimento, indicando, dapprima, che l'accesso *“dovrà essere differito, secondo quanto disposto dall'art. 13 comma 2 del d. lgs. 163 del 2006, fino all'approvazione dell'aggiudicazione”*, e, successivamente, che *“l'accesso dovrà essere differito al momento dell'aggiudicazione come previsto dall'art. 13, comma 2, lett. c) del D. Lvo 163/2006”*.

Con riferimento, poi, al denunciato terzo profilo di illegittimità, concernente la presunta violazione dell'art. 75, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, per non aver richiesto di documentare, in sede di gara, il possesso della certificazione ISO 9000 mediante allegazione, all'istanza di dimidiazione della cauzione provvisoria, del certificato medesimo e del relativo obbligatorio Audit annuale di mantenimento, la stazione appaltante ha rilevato, per contro, come nel disciplinare di gara fosse previsto che nella fase di richiesta di ammissione alla procedura (pre-qualifica) i soggetti interessati

a partecipare alla procedura dovessero rendere le dichiarazioni relative alla sussistenza dei requisiti generali e speciali (fra i quali il possesso della certificazione di qualità ISO 9000), ed allegare due referenze bancarie ed almeno un certificato di esecuzione per forniture analoghe; mentre nel capitolato d'oneri veniva richiesto, alle imprese selezionate ed invitate a partecipare alla gara, di dichiarare, a pena di esclusione, di confermare il possesso dei requisiti di capacità generale e di capacità tecnica e finanziaria come dichiarati nella domanda di partecipazione. Tale dichiarazione di conferma risponderebbe, a parere della stazione appaltante, all'esigenza di continuità del possesso, in capo agli operatori invitati alla selezione, dei requisiti di partecipazione, previsti nel disciplinare di gara, nel periodo intercorso tra la fase di preselezione e la fase di presentazione dell'offerta, compreso il possesso della certificazione di qualità ISO 9000. Conseguentemente, la mancata richiesta di rinnovare, anche in sede di offerta, i documenti previsti per l'istanza di partecipazione, non sembrerebbe inficiare la legittimità della procedura; e ciò, alla luce dell'espressa e vincolante previsione della *lex specialis*, nonché della facoltà della stazione appaltante di verificare comunque la veridicità delle dichiarazioni rese e dei documenti presentati ai sensi del D.P.R. n. 445/2000. Quanto all'Audit annuale, la SUN S.p.A. ha sostenuto che le verifiche periodiche svolte dagli organismi certificatori, previste dalla norma UNI CEI EN ISO/IEC 17021, sono finalizzate ad accertare la permanenza delle condizioni e dei requisiti necessari ad ottenere il rilascio della predetta certificazione di qualità, ma non costituiscono certo elemento essenziale ai fini della dimostrazione della validità della suddetta certificazione.

Infine, sull'ultimo profilo di illegittimità contestato, riguardante l'asserita violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto, a fronte di un criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che prevede l'attribuzione di un massimo di 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 punti per l'offerta economica, la formula matematica adottata nel bando di gara condurrebbe a comprimere il *range* valutativo della seconda fino a 13 punti, la SUN S.p.A. ha segnalato, in primo luogo, come la formula adottata sia quella comunemente utilizzata nelle gare aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in secondo luogo, che l'adozione di una determinata formula matematica per l'attribuzione dell'offerta economica si sposerebbe con la legittima facoltà della stazione appaltante di determinare in sede di *lex specialis* di gara i criteri di valutazione delle offerte. Inoltre, sebbene l'applicazione della formula in questione possa, di fatto, condurre all'attribuzione di un punteggio minimo e massimo non necessariamente corrispondenti ai parametri indicati nella lettera d'invito, ciò non inficerebbe la legittimità della valutazione della commissione aggiudicatrice, in quanto l'applicazione di una formula diversa da quella prevista nella legge di gara non avrebbe effetti nei confronti dell'impresa esclusa, ma determinerebbe, semplicemente, una ridefinizione della graduatoria, con aggiudicazione ad un concorrente diverso. Ne discenderebbe che, in relazione a tale motivo, il concorrente escluso sarebbe carente di interesse, non potendo neanche veder soddisfatto l'interesse strumentale alla riedizione della gara, con conseguente inammissibilità dell'istanza.

Con nota integrativa, acquisita in data 16 aprile 2010, la TEQ SA ha dedotto un ulteriore vizio in merito all'illegittimità dell'art. 12 del bando di gara, per non avere questo richiesto ai concorrenti il rinnovo del certificato DURC, che risultava scaduto rispetto a quello precedentemente acquisito al momento della domanda di partecipazione. Nell'ambito degli appalti pubblici – precisa la TEQ SA – la validità del DURC è limitata alla fase per la quale il certificato è stato richiesto (ad esempio per la stipula del contratto, il pagamento di uno stato di avanzamento dei lavori, etc.), con la conseguenza che l'efficacia temporale del documento non sarebbe certa e predeterminata, ma legata a ciascuna fase della procedura di gara. Inoltre, il DURC non potrebbe essere surrogato da autocertificazione.

Pertanto – si legge nella suddetta nota integrativa – non avendo la SUN S.p.A. richiesto i DURC aggiornati, tutti i concorrenti, ad eccezione della TEQ SA, avrebbero omesso di presentare i

certificati in questione, limitandosi a confermare il possesso dei requisiti di capacità generale come dichiarato nella domanda di partecipazione.

### *Ritenuto in diritto*

Al fine di definire la controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, in ordine al primo rilievo dedotto dall'istante TEQ SA, relativo alla asserita violazione dell'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006, va osservato, in via preliminare, come, in materia di appalti pubblici, la *ratio* del differimento del diritto di accesso sia da individuarsi nella necessità di mantenere la competizione indenne da meccanismi di collusione, di impedire intese tra operatori economici volte a concordare i rispettivi comportamenti per influenzare l'esito della selezione, di evitare flussi informativi (anche involontari) tra potenziali concorrenti, e di eliminare il rischio di condizionamenti commerciali, economici e tecnici nella formulazione e presentazione delle offerte.

Ciò premesso, la giurisprudenza amministrativa evocata dall'impresa istante – e dalla stessa stazione appaltante – ha coerentemente escluso la possibilità di applicare il principio del differimento, quando la richiesta di accesso abbia ad oggetto i documenti attestanti i requisiti di ammissione, i verbali di gara e i provvedimenti della stazione appaltante nella parte in cui sanciscono l'esclusione dalla procedura delle imprese concorrenti, ovvero la loro riammissione (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 18 novembre 2008, n. 2612; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 31 gennaio 2009, n. 178); trattasi, invero, di atti che, non potendo affatto minare gli equilibri concorrenziali e la correttezza dell'andamento del procedimento, non giustificano il differimento.

Pertanto, deve ritenersi non conforme all'art. 13 del D.Lgs. n. 163/2006, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto il differimento dell'accesso agli atti inerenti alla procedura in questione, con riferimento ai documenti attestanti i requisiti di ammissione dei singoli concorrenti oggetto dell'istanza di accesso presentata dall'istante TEQ SA in data 14 dicembre 2009.

Quanto all'asserito vizio da eccesso di potere per difetto di motivazione che inficerebbe il provvedimento di differimento dell'accesso agli atti di cui trattasi, si deve rilevare che, ai sensi dell'art. 3, primo comma, della l. n. 241 del 1990 *“ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”*.

La norma citata individua, dunque, quali elementi strutturali della motivazione del provvedimento, l'esternazione dei “presupposti di fatto”, vale a dire degli elementi e dei dati fattuali acquisiti durante l'istruttoria e valutati da parte dell'amministrazione, e delle “ragioni giuridiche”, e cioè delle norme considerate applicabili al caso concreto.

La giurisprudenza amministrativa, del resto, ha evidenziato come il difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ricorra nell'ipotesi in cui non sia dato comprendere in base a quali dati specifici sia stata operata la scelta amministrativa, impedendo la verifica del percorso logico giuridico seguito dall'amministrazione nell'applicare i principi generali al caso concreto (Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6417); è stato inoltre osservato come lo scopo della motivazione del provvedimento amministrativo sia quello di consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un determinato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad essa conferito dalla legge e facendo valere eventualmente nelle opportune sedi, giustiziali o giurisdizionali, le proprie ragioni (Cons. Stato, Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2281).

Tali condizioni non risultano, nella fattispecie, compiutamente esaudite, ove si consideri che nelle comunicazioni di risposta rese in data 4 gennaio 2010 e 5 febbraio 2010, la stazione appaltante si è semplicemente limitata a indicare, dapprima, che l'accesso *“dovrà essere differito secondo quanto*

*normato dall'art. 13 comma 2 del D.lgs. 163 del 2006, fino all'approvazione dell'aggiudicazione", e, successivamente, che "l'accesso dovrà essere differito al momento dell'aggiudicazione come previsto dall'art. 13 comma 2 lettera c) del D.Lvo. 163/2006".*

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale sopra riportato, deve ritenersi, pertanto, che il provvedimento di differimento dell'accesso agli atti non sia adeguatamente motivato, non avendo in alcun modo precisato, oltre ad un tautologico richiamo delle norme ritenute applicabili, l'ambito di applicabilità delle stesse al caso concreto, tenuto conto che l'istanza di accesso non aveva ad oggetto informazioni contenute nelle offerte degli altri concorrenti che avrebbero potuto rivelare segreti tecnici o commerciali, bensì solo i documenti attestanti i requisiti di ammissione alla gara. Quanto alla presunta violazione dell'art. 75, comma 7, del D.Lgs n. 163/2006, per non aver richiesto di documentare, in sede di gara, il possesso della certificazione ISO 9000 mediante allegazione, all'istanza di dimidiazione della cauzione provvisoria, del certificato medesimo e del relativo obbligatorio Audit annuale di mantenimento, si deve considerare, in via preliminare, che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che *"le copie delle certificazioni di qualità potrebbero cadere sotto il disposto dell'art. 19 d.P.R. 445/2000 in materia di dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, giacché gli organismi deputati a tale certificazione, sebbene di natura privata, rilascerebbero attestazioni aventi contenuto vincolato e rilievo pubblicistico"* (CdS, VI, 19 gennaio 2007, n. 121) e da tale affermazione ha tratto la conseguenza che il certificato di qualità potrebbe essere prodotto in gara sia tramite una autocertificazione (CdS, V, 17 aprile 2007, n. 1790 e 11 maggio 2007, n. 2355), sia mediante una copia conforme all'originale. Peraltro, ancor più di recente è stato ribadito che *"il possesso della certificazione di qualità può documentarsi mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell'art. 46 del DPR 445/2000 ovvero con una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da rendersi ai sensi del combinato disposto degli artt. 47 co. 1 e 38 co. 3 del DPR 445/2000. E' dunque consentito, salva ogni successiva verifica, dichiarare il possesso della certificazione di qualità (quale titolo di "qualificazione tecnica" ai sensi e per gli effetti dell'art. 46 co. 1 lett. n) senza dover produrre anche la copia della relativa certificazione; peraltro, qualora la certificazione di qualità non si ritenga qualificabile come "titolo" di "qualificazione tecnica" ai sensi dell'art. 46 cit., il possesso della stessa è comunque certificabile attraverso dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 cit. (...) La certificazione di qualità non rientra tra le ipotesi per le quali l'articolo 49 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, ha esplicitamente previsto dei limiti di utilizzo delle misure di semplificazione. In concreto i "certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti" non possono essere sostituiti da altro documento. Nel caso in esame invece la certificazione di qualità è riconducibile alla lettera n) dell'art. 46 co. 1 del DPR 445/2000. In conseguenza (...), in quanto rientrante tra i titoli di qualificazione tecnica, la certificazione di qualità ben poteva essere documentata con una dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell'art. 46 cit. del cit. del DPR 445 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2007, n. 1790; Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121)"* (TAR Lazio, sez. III-quater, 1° febbraio 2008, n. 899).

La citata giurisprudenza non fa altro che dimostrare l'infondatezza della contestazione formulata dall'impresa istante, non potendo la stazione appaltante, in mancanza di espressa previsione circa le modalità di prova, in sede di offerta, del requisito della qualità, già dichiarato all'atto della domanda di partecipazione, legittimamente escludere il concorrente che abbia nuovamente dichiarato di possedere la certificazione o che ne abbia presentato copia accompagnata da dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, anche in forza dei poteri di controllo in ordine al possesso dei requisiti in capo ai concorrenti, di cui la stazione appaltante medesima dispone. Per quanto attiene, poi, alla denunciata violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, occorre, in via preliminare, fare riferimento all'eccezione di carenza di interesse dell'impresa TEQ SA, in quanto questa sarebbe stata esclusa dalla gara per un motivo dalla stessa non contestato. In proposito, la più recente giurisprudenza amministrativa ha considerato la posizione dell'impresa esclusa dalla gara come connotata da "interesse strumentale", proprio ad indicare l'esistenza di un

indiretto (ma concreto) vantaggio derivante dalla radicale demolizione dei risultati di gara, consistente per l'appunto nella salvaguardia delle proprie prerogative di aggiudicazione qualora si dovesse provvedere alla riedizione della procedura selettiva (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5261). Un'impresa è, dunque, titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (Cons. Stato, A.P., 10 novembre 2008, n. 11).

Pertanto, pur se ritenuta legittima ed accettata la propria esclusione, il soggetto è titolare di una peculiare posizione "differenziata" (rispetto al terzo non partecipante) a che lo svolgimento della procedura di affidamento avvenga in modo rispettoso delle norme e delle disposizioni di gara. Ciò in quanto, qualora l'aggiudicazione si riveli illegittima, la procedura andrà totalmente rinnovata, con conseguente acquisizione della chance di partecipazione e quindi di possibile nuova aggiudicazione (TAR Sardegna, sez. I, 25 novembre 2009, n. 1954).

Ciò premesso, che consente di respingere l'eccezione di carenza di interesse dell'impresa istante TEQ SA, deve ritenersi che la formulazione del criterio di assegnazione del punteggio all'offerta economica contenuta nel bando sia tale da compromettere i valori costituzionali e comunitari di rispetto delle regole della concorrenza fondanti la normativa di settore.

In particolare, il punteggio per l'offerta economica viene assegnato applicando la seguente formula:  $Pe = 40 \times Moe : Oc$ , precisando che  $Pe =$  Punteggio economico;  $Moe =$  Migliore offerta economica;  $Oc =$  Offerta del candidato preso in considerazione.

Orbene, ipotizzando, come fatto dall'istante, che la migliore offerta economica sia stata di € 971.500,00, pari ad un ribasso del 33,00 %, la predetta formula condurrebbe ad un punteggio per l'offerta economica di 40; ove la peggiore offerta economica sia stata invece di € 1.450.000,00 pari all'importo a base d'asta e quindi con un ribasso dello 0%, la predetta formula condurrebbe ad un punteggio di 26,80 (e non come dovrebbe essere di 0 punti), con uno scarto di soli 13,20 punti rispetto alla migliore offerta economica, il che dimostra che il *range* di 40 punti è destinato a non essere mai utilizzato.

Come osservato da questa Autorità (parere n. 88 del 10 settembre 2009), 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 di questa 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 13 punti il possibile scarto tra il minimo ribasso e il massimo ribasso.

Anche il Consiglio di Stato, con la sentenza del 28 settembre 2005, n. 5194, si è occupato 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 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”*.

A ciò si aggiunga che ancora più di recente il supremo consesso amministrativo 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, sicché al prezzo complessivamente più basso deve corrispondere necessariamente un punteggio complessivamente più alto, il che anche nel caso all'esame del giudice amministrativo non si era verificato, avendo conseguito offerte economiche diverse, punteggi sostanzialmente uguali (Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404).

Per quanto riguarda, infine, l'eccepita invalidità della clausola del bando nella parte in cui non è richiesto ai concorrenti il rinnovo del certificato DURC che risulti scaduto al momento della presentazione delle offerte, avvenuta a distanza di un anno dalla lettera di invito, si osserva che le doglianze dell'istante appaiono fondate, atteso che il DURC è qualificato dalla giurisprudenza come una dichiarazione di scienza, resa però con riguardo al periodo considerato, per cui lo stesso non può essere inteso che come attestante la regolarità contributiva soltanto fino alla propria scadenza, senza alcuna possibilità di essere considerato valido al di là del termine in esso espressamente stabilito (si veda, in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 2010, n. 1141). Come ritenuto anche da questa Autorità (parere n. 112 del 16 giugno 2010), il DURC privo di un requisito intrinseco, ossia l'essere in corso di validità, è per ciò stesso inidoneo a comprovare il possesso della regolarità contributiva.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa nazionale e comunitaria di settore, relativamente al disposto differimento del diritto di accesso agli atti, ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, e al difetto di motivazione del relativo provvedimento amministrativo adottato, nonché alla formulazione del criterio di assegnazione del punteggio all'offerta economica contenuta nella *lex specialis* e alla mancata richiesta ai concorrenti di rinnovare il certificato DURC scaduto.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito