

## Parere n. 206 del 18/11/2010

### PREC 92/10/S

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 PubblAlifana S.p.A. – Servizio di gestione e riscossione ordinaria e coattiva dell'Imposta Comunale sugli Immobili, della Tassa Occupazione Spazi ed Aree Pubbliche, dell'Imposta Comunale sulla Pubblicità e Diritti sulle Pubbliche Affissioni, del Canone Acqua Potabile e del Canone Acque Reflue – Importo a base d'asta: € 1.092.000 – S.A.: Comune di Macerata Campania (CE).

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 6 aprile 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa PubblAlifana ha formulato due motivi di doglianza nei confronti della procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto, che possono sintetizzarsi come segue: 1) requisiti di idoneità tecnico-professionale particolarmente restrittivi, assolutamente irragionevoli e sproporzionati, contenuti nell'art. 8 del disciplinare di gara, quali *“la realizzazione, negli ultimi tre esercizi, di un volume d'affari non inferiore ad euro 3.000.000,00 per servizi resi analoghi a quelli oggetto di gara”* e *“di avere in corso alla data di pubblicazione del bando, congiuntamente, in almeno tre Comuni e da almeno tre anni, la gestione del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione volontaria e coattiva dei servizi di seguito elencati: ICI, TARSU, Canone acqua potabile e smaltimento acque reflue, Imposta Comunale sulla Pubblicità, Diritti sulle Pubbliche Affissioni, COSAP o TOSAP; 2) formula matematica, adottata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, illogica e contraddittoria, in quanto finisce, nella sostanza, per rendere “totalmente ininfluyente l'offerta economica, riducendo a pochi punti (molti in meno rispetto a quelli assegnati dal bando di gara al valore dell'offerta economica) il possibile scarto tra il minimo ribasso ed il massimo ribasso”*.

In relazione a quest'ultimo profilo contestato, l'impresa istante ha, preliminarmente, evidenziato che l'art. 16 del bando di gara riserva al “Progetto Tecnico Gestionale” un *range* di 70 punti e all’“Offerta economica” – corrispondente all'aggio praticato sul servizio di riscossione – un punteggio massimo di 30 punti e che il punteggio per l'offerta economica viene assegnato applicando la seguente formula:  $Y_i = 30 \times (100 - R_i) / (100 - R_{min})$ , dove  $Y_i$  = punteggio assegnato al concorrente i-esimo;  $R_i$  = aggio medio formulato dal concorrente i-esimo;  $R_{min}$  = aggio medio minimo offerto; Aggio medio = media aritmetica dei due aggi offerti. Quindi, la PubblAlifana S.p.A. ha dimostrato l'asserita ininfluenza dell'offerta economica, a causa della citata formula, con un esempio matematico, da cui risulta che tra un'offerta economica che prevede un aggio medio minimo pari a 3,5 (che vorrebbe dire un ribasso di oltre il 60%) ed un'offerta nella quale sia proposto un aggio medio pari a quello a base d'asta (quindi senza alcun ribasso) vi sarebbe uno scarto di punteggio assegnabile di soli 2,34 punti. L'offerta economica, pertanto, si rivelerebbe totalmente ininfluyente ai fini dell'aggiudicazione, che verrebbe ad essere irragionevolmente condizionata dal punteggio attribuito all'offerta tecnica, con l'effetto di sterilizzare la componente economica. E ciò amplierebbe a dismisura il potere discrezionale della stazione appaltante, con l'effetto – come evidenziato dalla giurisprudenza richiamata dall'impresa odierna istante – di produrre 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 riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nel corso dell'istruttoria procedimentale, avviata con nota del 20 aprile 2010, il Comune di Macerata Campania, con nota del 26 aprile 2010, n. 3756, ha controdedotto, in ordine al primo rilievo, formulato avverso i suddetti requisiti di partecipazione alla gara, palesandone la conferenza con il servizio da affidare in concessione, a specificazione della generale idoneità costituita dall'iscrizione dell'impresa concorrente nel relativo Albo di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 446/97, ed ha comunque precisato che l'impresa istante PubblAlifana S.p.A., in data 19 aprile 2010, era stata ammessa alla gara di cui trattasi unitamente ad un'altra impresa.

Per quanto riguarda il secondo rilievo mosso dall'impresa istante, relativo alla formula matematica adottata, la stazione appaltante ha evidenziato che *“la stessa è pienamente rispondente all'intento di dare peso all'offerta tecnica e progettuale che esplica dettagliatamente il modo in cui l'operatore intende effettuare il servizio concretamente”*, né può dirsi violato il principio della *par condicio* considerando, altresì, che *“tutti gli operatori sono nella stessa situazione essendo la formula valevole per chiunque intenda partecipare”*. Sicché, prosegue la memoria presentata, *“la scarsa incidenza del ribasso serve ad indurre i partecipanti a porre particolare attenzione alla descrizione delle modalità operative ed alle eventuali soluzioni innovative, dato che sarà premiata la puntualità e la rispondenza alle esigenze operative indicate nel capitolato d'appalto”*.

#### *Ritenuto in diritto*

Al fine di definire la controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, si rileva, preliminarmente, l'improcedibilità dell'istanza medesima con riferimento al primo dei rilievi mossi dall'istante PubblAlifana S.p.A., per l'assorbente motivo della successiva ammissione dell'impresa medesima alla procedura di gara di cui trattasi.

Quanto al secondo profilo contestato, si ritiene, invece, che la formulazione del criterio di assegnazione del punteggio all'offerta economica contenuta nel bando sia tale da porsi in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria di settore.

Infatti, premesso che nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si devono separatamente valutare l'offerta economica e l'offerta tecnica – per cui alle varie offerte economiche va attribuito un punteggio, che si somma con il punteggio previsto per le offerte tecniche – è in ogni caso esigibile che non siano consentiti appiattimenti con l'attribuzione del medesimo punteggio a offerte economiche diverse, con l'effetto di sterilizzarne l'incidenza nell'economia complessiva del criterio di aggiudicazione *de quo* (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404 ed il parere di questa Autorità 10 settembre 2009, n. 88).

In tal senso, emergerebbe l'illogicità e l'incongruenza – rilevabili dall'esempio fornito dall'impresa istante richiamato nella narrativa in fatto – della formula matematica utilizzata, nel caso di specie, per attribuire il punteggio relativo all'offerta economica, alla cui stregua risulterebbe evidente come detta formula si presti alle distorsioni paventate.

Ciò detto, deve ritenersi che la formulazione del criterio di assegnazione del punteggio all'offerta economica contenuta nel bando sia potenzialmente in grado di compromettere l'esito imparziale della gara.

In proposito, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha ricordato che i criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono, tra l'altro, essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta 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).

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, nel caso di specie, un massimo di 70 punti all'offerta tecnica ed un massimo di 30 punti all'offerta economica, la stazione appaltante non può adottare una formula matematica che, nella sostanza, finisca per rendere totalmente influente la componente economica dell'offerta.

In proposito, del tutto pertinente si rivela la decisione del Consiglio di Stato (sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194) invocata dall'impresa istante, 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 supremo consesso amministrativo, 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 nell'occasione 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”*.

E' stato, altresì, affermato che, in sede di valutazione dell'offerta economica, i criteri di attribuzione del punteggio possono essere molteplici e variabili purché, 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). Anche tale pronuncia si era occupata di una fattispecie del tutto analoga a quella oggetto del presente parere, affermando che, a seguito dell'utilizzazione del contestato criterio valutativo, si era 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 era ridotto in maniera tale da privare ampiamente di contenuto significativo la stessa offerta economica e da assegnare preponderanza decisiva a quella tecnica. Tale sentenza è stata confermata dalla 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 sarebbe prestata a facili distorsioni e turbative. *“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”*.

In base a quanto sopra considerato

## **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- in ordine al primo motivo di doglianza, concernente il carattere restrittivo, illogico e sproporzionato dei requisiti di idoneità tecnico-professionale richiesti dal bando, l'istanza di parere sia improcedibile, attesa la successiva partecipazione alla gara dell'impresa istante;
- riguardo al secondo motivo di doglianza, la formula matematica adottata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica si ponga in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito