

Parere n. 1 del 12/01/2011

PREC 45/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Banca di Credito Cooperativo di Riano –Affidamento del servizio di tesoreria comunale – S.A.: Comune di Montelibretti (RM).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 febbraio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Banca di Credito Cooperativo di Riano ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla legittimità della disposizione di cui all'art. 10 del bando di gara per l'affidamento del servizio in oggetto, che ha introdotto un parametro di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quale l' *“Esperienza maturata nel settore ed organizzazione del servizio”*, assegnando allo stesso un massimo di 40 punti, ritenuto di per sé atto a determinare una disparità di trattamento tra i partecipanti alla procedura di gara in questione.

Nello specifico, la banca istante ha osservato che l'esperienza maturata nel settore, in termini di *“Numero di Enti pubblici nell'ambito regionale per i quali si è svolto (o si sta svolgendo) il Servizio di Tesoreria nell'ultimo decennio dalla data del bando”* costituisce un requisito soggettivo che non può essere elemento di schiacciante prevalenza a favore di un determinato soggetto, quale dato di valutazione dell'offerta tecnica, in quanto attiene alla *“qualificazione professionale”* della banca e non alla *“progettualità”* di cui deve comporsi la proposta tecnica dell'offerta resa in competizione con quella degli altri concorrenti, ai fini della disamina meritocratica della Commissione giudicatrice. A conferma della propria tesi la Banca di Credito Cooperativo di Riano ha evidenziato che anche la recente giurisprudenza amministrativa, che in talune specifiche circostanze ha ritenuto non *“tassativa”* la distinzione tra requisiti (soggettivi) di partecipazione e requisiti (oggettivi) di valutazione dell'offerta, ha tuttavia evidenziato che, in ogni caso, *“la pregressa esperienza non può avere un valore preponderante (CdS, Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626), pena la violazione della libera concorrenza “nel” e “sul” mercato (Corte Cost., n. 401/07)”*.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata da questa Autorità nell'istruttoria procedimentale il Comune di Montelibretti ha rappresentato, di contro, che con la procedura in questione sono state pienamente rispettate le regole della concorrenza, in quanto non sono stati introdotti criteri restrittivi tali da impedire l'accesso o la competizione concorrenziale ed ha evidenziato, altresì, che spetta all'Amministrazione indicare i criteri di aggiudicazione nonché l'attribuzione del punteggio totale a ciascun elemento dell'offerta e che il punteggio attribuito, in misura maggiore al numero delle tesorerie amministrate, è stato ritenuto elemento di fondamentale importanza per conoscere meglio la capacità organizzativa ed imprenditoriale dell'Istituto concorrente, per cui lo stesso non appare né illogico, né irragionevole e nemmeno sproporzionato rispetto all'oggetto della gara.

Ritenuto in diritto

La questione controversa prospettata a questa Autorità con l'istanza di parere in esame attiene alla idoneità della disposizione di cui all'art. 10 del bando di gara per l'affidamento del servizio in oggetto a determinare una disparità di trattamento tra i partecipanti, attraverso la previsione, quale parametro di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del requisito "soggettivo" dell' *"Esperienza maturata nel settore ed organizzazione del servizio"*, individuata in termini di *"Numero di Enti pubblici nell'ambito regionale per i quali si è svolto (o si sta svolgendo) il Servizio di Tesoreria nell'ultimo decennio dalla data del bando"*, alla quale viene assegnato il significativo "peso", in termini di punteggio, di un massimo di 40 punti.

Sulla problematica l'Autorità si è più volte pronunciata (cfr. Deliberazione 27 giugno 2007 n. 209; Deliberazione n. 30 del 6 febbraio 2007) sostenendo che *"la Stazione Appaltante nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi di valutazione dell'offerta. Detta confusione, infatti, come anche di recente evidenziato dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1 marzo 2007, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale"*.

Nel confermare il principio testé enunciato, questa Autorità ha recentemente evidenziato che il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, conosce un'applicazione per così dire "attenuata" solo quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano (cfr. parere n. 5 del 14 gennaio 2010). In tal senso, peraltro, si esprime anche il costante e consolidato orientamento della giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui, in materia di procedimenti ad evidenza pubblica, il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta costituisce un sicuro principio di derivazione nazionale e comunitaria (cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 11 febbraio 2009, n. 340; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 12 dicembre 2008, n. 3135; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 5 maggio 2008, n. 735; Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 912; 8 marzo 2006, n. 1194; 13 novembre 2003, n. 7237; 16 aprile 2003, n. 1993) con la sola eccezione del caso – che non ricorre nella fattispecie in esame – in cui gli aspetti organizzativi o le esperienze pregresse, per il loro stretto collegamento con lo specifico oggetto dell'appalto, non vengano considerati in quanto tali, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta (in tal senso cfr.: Cons. di Stato, Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626; Cons. di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770; C.G.A., 22 giugno 2006, n. 296).

Di regola, quindi, l'accertamento dell'idoneità degli offerenti viene effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici in conformità a requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica, detti "criteri di selezione qualitativa". Di contro, l'aggiudicazione dell'appalto si fonda alternativamente sui criteri del prezzo più basso o – come nel caso di specie – dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quest'ultimo basato, a sua volta, su diversi criteri, collegati all'oggetto dell'appalto. In tal senso dispone il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che – premessa all'art. 81 la possibilità di fare alternativamente ricorso ai due criteri di cui sopra – prevede, all'art. 83, che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implichi la valutazione di elementi pertinenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto tra cui, a titolo esemplificativo, oltre al prezzo, "la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività". Peraltro, se è vero che i criteri di valutazione dell'offerta che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici e che tale disposizione lascia, quindi, alle amministrazioni medesime discrezionalità nella scelta degli stessi, ciò nondimeno tale scelta può riguardare soltanto elementi volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Di conseguenza, nei casi – come quello in esame – in cui l'oggetto dell'appalto non presenta specificità tali da giustificare il ricorso a criteri valutativi del merito tecnico di tipo "soggettivo"

sono esclusi come “criteri di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa” quelli che non siano diretti ad identificare tale offerta, ma che siano – come quello sopra richiamato – essenzialmente collegati alla valutazione dell’idoneità degli offerenti ad eseguire l’appalto di cui trattasi, essendo il punteggio previsto dal bando di gara attribuito alla “*qualificazione professionale*”, peraltro individuata in termini particolarmente restrittivi, attribuendosi rilievo al “*Numero di Enti pubblici nell’ambito regionale per i quali si è svolto (o si sta svolgendo) il Servizio di Tesoreria nell’ultimo decennio dalla data del bando*”.

Inoltre, come correttamente evidenziato dalla banca istante, sia la recente giurisprudenza amministrativa sia questa Autorità hanno precisato che, anche nei casi – diversi da quello in esame – in cui le procedure di affidamento dell’appalto presentino specificità tali che gli aspetti organizzativi o le esperienze pregresse vengano considerati non come requisiti “soggettivi” ma piuttosto come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell’offerta, la pregressa esperienza non può in ogni caso avere un valore preponderante nella valutazione complessiva dell’offerta stessa (in tal senso cfr.: Cons. di Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002; Cons. di Stato, sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626; Cons. di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716; Cons di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770; parere dell’Autorità n. 97 del 13 maggio 2010).

Invece, nel caso di specie, la Commissione di gara disponeva di 100 punti, così distribuiti: “A) *Esperienza maturata nel settore ed organizzazione del Servizio – max punti 40; B) Elementi economici inerenti il Servizio – max punti 50; C) Altri elementi a discrezione dell’offerente – max punti 10*”. Risulta evidente, pertanto, come nella fattispecie in esame il requisito della pregressa esperienza dei concorrenti, suscettibile di attribuzione di un massimo di 40 punti su 100, fosse potenzialmente in grado di incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo stabilito per gli altri profili dell’offerta, per cui anche sotto questo ulteriore aspetto il punteggio assegnabile al requisito in questione appare tale da alterare la concorrenza e il principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’art. 10 del bando di gara per l’affidamento del servizio in oggetto non sia conforme alla normativa di settore.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2011

Il Segretario: Maria Esposito