

## **Parere n.160 del 21/09/2011**

### **PREC 194/10/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 I.T.A. srl – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di magazzinaggio, conservazione, classificazione e archiviazione della documentazione cartacea ed assimilati, nonché del servizio di magazzinaggio economale - Importo a base d'asta €30.000,00 annuali - S.A.: Azienda USL Roma D

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

La società I.T.A. srl ha presentato l'istanza di parere in oggetto indicata, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità, in merito alla procedura bandita dalla Azienda USL Roma D per l'affidamento del servizio di magazzinaggio, conservazione, classificazione e archiviazione della documentazione cartacea ed assimilati, nonché del servizio di magazzinaggio economale (ricezione, stoccaggio, gestione e movimentazione materiale).

La società lamenta di essere stata esclusa per mancato raggiungimento nella valutazione dell'offerta tecnica della soglia di sbarramento per accedere alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica. Tale soglia non è stata determinata dalla stazione appaltante né riportata negli atti di gara, ma fissata dalla commissione di gara e comunicata a tutti i partecipanti in seduta pubblica. Conseguentemente la I.T.A. srl censura il bando di gara per violazione dell'art. 83 D.L.gs. 163/2006, avendo quest'ultimo omesso di indicare il valore della soglia in esame.

L'istante censura, infine, l'attribuzione alla voce della propria offerta tecnica "*Tempi di attivazione del servizio*" del punteggio pari a 2,5 anziché 5 (punteggio massimo attribuibile alla voce in esame a norma dell'art. 10 punto 1 del capitolato speciale), pur avendo dichiarato di attivare il servizio "*dal giorno successivo all'aggiudicazione dell'appalto*".

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'Azienda USL Roma D ha osservato che l'omessa indicazione del valore della soglia di sbarramento negli atti di gara costituisce un mero errore materiale. Detta omissione è stata colmata dalla commissione di gara nella seduta pubblica del 20.4.2010, precisando, alla presenza di tutti i rappresentanti delle imprese partecipanti, che per poter accedere alla successiva fase di valutazione economica delle offerte, sarebbe stato necessario: a) raggiungere il punteggio minimo di 20 su 40; b) ottenere la metà del punteggio previsto per ogni parametro. Secondo la stazione appaltante l'operato della commissione sarebbe legittimo, in quanto quest'ultima nell'assumere la determinazione in esame avrebbe lasciato invariati i criteri di valutazione enunciati nel capitolato speciale e non avrebbe fissato alcun sub criterio, sub peso o sub punteggio.

L'Azienda USL, inoltre, ha precisato che la mancata attribuzione alla I.T.A. srl del punteggio massimo di 5 per i "*Tempi di attivazione del servizio*" deve ritenersi congruo, in quanto la predetta impresa, pur dichiarando di poter attivare il servizio dal giorno successivo all'aggiudicazione dell'appalto, ha però indicato nella propria offerta che avrebbe affidato ad una società specializzata la fornitura e assistenza per il servizio di informatizzazione del magazzino. Conseguentemente la stazione appaltante ha ritenuto non attendibile sul punto l'offerta dell'istante. L'Azienda USL, infine, ha precisato che l'esclusione dell'istante non è stata causata dall'attribuzione del censurato punteggio di 2,5 alla voce "*Tempi di attivazione del servizio*", in quanto tale valore è pari alla metà del punteggio massimo (5) previsto per tale parametro, bensì dall'attribuzione del punteggio di 7 alla voce "*Metologie operative applicate in merito alla gestione della documentazione (classificazione, codifica) ed alle attrezzature messe a disposizione*", in quanto inferiore alla metà del punteggio massimo (15) previsto per tale parametro.

Anche la TRA.SER. srl aggiudicataria della gara in esame ha riscontrato la richiesta di informazioni dell'Autorità, osservando che il punteggio minimo necessario per essere ammessi alla successiva fase di valutazione economica, pur non risultando dal capitolato speciale per mero errore materiale, è stato indicato dalla commissione di gara prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e pertanto senza pregiudizio per la *par condicio* dei concorrenti. Quanto alla mancata attribuzione all'impresa istante del punteggio massimo per i "*Tempi di attivazione del servizio*", la TRA.SER. srl ritiene che la relativa valutazione abbia natura discrezionale e non possa essere contestata a meno che non siano ravvisabili profili di manifesta illogicità o irrazionalità.

#### *Ritenuto in diritto*

Il primo quesito posto a questa Autorità verte sulla conformità all'art. 83 D.Lgs. 163/2006 del bando di gara che, pur avendo previsto la c.d. clausola di sbarramento, non ha indicato il valore della relativa soglia.

In proposito va ricordato che l'art. 83, comma 2 D.Lgs. n. 163/2006 esige che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione e "*precisi la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato*". La previsione di una soglia è finalizzata a garantire l'esclusione di offerte che, pur convenienti sotto il profilo economico, non siano tecnicamente adeguate e, quindi, idonee ad assicurare uno *standard* qualitativo minimo. Il legislatore rimette alla stazione appaltante la facoltà di determinare tale soglia, precisando all'articolo su menzionato che quest'ultima va prefissata nella *lex specialis* e ciò al fine di consentire a tutti i partecipanti alla procedura di aver sin dall'inizio contezza di tutti gli elementi che incidono sulla partecipazione, sulla valutazione delle offerte e, quindi, in ultima analisi sull'aggiudicazione.

Ne consegue che la soglia di sbarramento non può essere determinato *ex post* dalla commissione di gara, con una valutazione che potrebbe essere orientata dalla conoscenza dei partecipanti. Osta a ciò sia il dato testuale dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006, che attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di introdurre una clausola di sbarramento, sia la *ratio* della medesima disposizione, che, come sopra ricordato, è quella di mettere i partecipanti alla gara nella condizione di conoscere prima della formulazione dell'offerta tutti gli elementi che possono incidere sulla determinazione della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8.9.2008, n. 4271).

Si osserva, inoltre, che la presente interpretazione dell'art. 83 è conforme allo spirito della modifica apportata dal terzo decreto correttivo (D.lgs. 11.9.2008, n. 152) alla norma in esame. La novella, infatti, ha soppresso l'ultimo periodo dell'art. 83, comma 4, in virtù del quale la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, poteva fissare i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta per valutare ciascun elemento.

E' evidente che il legislatore ha voluto eliminare ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice, con l'intento di fornire un supplemento di tutela in termini di trasparenza e di *par condicio* ai concorrenti, evitando che i criteri motivazionali potessero essere "*declinati secondo una valutazione a posteriori*" (cfr. AVCP determinazione n. 4 del 20.5.2009). Conseguentemente, se alla commissione è ora preclusa l'introduzione di nuovi sub criteri e sub punteggi (cfr. TAR Lazio, sez. III quater, 9.1.2009, n. 82), a maggior ragione alla stessa non può essere consentito di stabilire la soglia di una clausola di sbarramento, che, in caso di mancato raggiungimento, comporta l'esclusione di un concorrente.

Peraltro, anche sotto il vigore della precedente disciplina, l'Autorità aveva affermato che la commissione di gara poteva stabilire i criteri motivazionali, avendo però cura, in adesione con l'orientamento giurisprudenziale comunitario, di non modificare i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel bando e nel disciplinare di gara e, soprattutto, di non introdurre nuovi elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la formulazione dell'offerta (cfr. AVCP pareri n. 38 del 25.2.2010; n. 90 del 20.3.2008; n. 125 del 23.4.2008; n. 119 del 22.1.2007).

Venendo al caso di specie, si osserva che secondo il capitolato speciale "*saranno escluse dalla successiva fase di valutazione economica, le ditte il cui punteggio avuto in relazione alle valutazioni sulle qualità risulti inferiore a punti ....*" (l'art. 10, punto 1, ultimo periodo), la clausola in esame omette però di fissare il valore della soglia di sbarramento. La commissione di gara ha ritenuto di colmare tale lacuna determinando essa stessa tale valore, ma così facendo ha violato sotto un duplice profilo l'art. 83, comma 2, D.Lgs. 163/2006. Da un lato, infatti, la commissione ha esercitato una facoltà che il legislatore riconosce esclusivamente alla stazione appaltante, dall'altro, la determinazione censurata è stata fatta *ex post*, quando le offerte erano state ormai compilate ed il nome dei concorrenti noto. La commissione, quindi, ha introdotto un elemento che, se noto ai partecipanti *ex ante*, come richiesto dal legislatore, avrebbe potuto determinarli a costruire la propria offerta in maniera diversa. Ne consegue che la mancata indicazione negli atti di gara della soglia di sbarramento, qualora l'Amministrazione abbia deciso di ricorrere alla relativa clausola - contrariamente a quanto affermato dall'ASL Roma D - non può essere considerata un mero errore materiale sanabile dalla commissione di gara, ma costituisce vizio della *lex specialis*, potenzialmente in grado di ingenerare incertezza ed imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta.

Quanto al secondo quesito posto all'Autorità, sebbene lo stesso, da un lato, sia assorbito dai rilievi precedentemente svolti, e, dall'altro, per le ragioni indicate dalla stazione appaltante sia irrilevante ai fini dell'esclusione, per completezza della trattazione, si osserva che compete alla commissione di gara il giudizio tecnico sulla congruità, serietà e realizzabilità dell'offerta, non essendo ammissibile una sindacabilità nel merito con effetto sostitutivo nell'esercizio del potere di valutazione. Gli apprezzamenti compiuti dalla commissione giudicatrice costituiscono, infatti, espressione di un potere di natura tecnico - discrezionale, sindacabile sotto i profili della irragionevolezza ed illogicità.

In base a quanto sopra considerato

## **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la determinazione da parte della commissione di gara della soglia di sbarramento non sia conforme all'art. 83, comma 2, D.Lgs. 163/2006 e che la valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione di gara rappresenti esercizio del potere discrezionale, sindacabile sotto i profili della illogicità ed irragionevolezza.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2011

*Il Segretario: Maria Esposito*