

## Parere n. 19 del 26 gennaio 2011

### PREC 250/10/LSF

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dall'A.C.E.R. Associazione Costruttori Edili di Roma e dalla A.T.I. ICOM S.r.l. - GEFER S.p.A. - Giambattista Celletti S.r.l. – Lavori, servizi e forniture occorrenti per gli interventi di pronto intervento e la manutenzione dell'armamento e delle infrastrutture della rete tramviaria presente all'interno del territorio del Comune di Roma e all'interno dei depositi Trambus di Prenestina e di Porta Maggiore – Importo a base d'asta € 2.300.000,00 – S.A.: ATAC S.p.A..

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 1 luglio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, successivamente integrata in data 15 ottobre 2010, con la quale l'A.C.E.R. (Associazione Costruttori Edili di Roma) e l'A.T.I. ICOM S.r.l. - GEFER S.p.A. - Giambattista Celletti S.r.l. hanno chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità della procedura ristretta in oggetto, bandita dall'ATAC S.p.A.. Al riguardo, l'A.T.I. istante ha rappresentato che l'ATAC S.p.A. ha espletato una procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di manutenzione e pronto intervento sull'andamento e sulle infrastrutture della rete tranviaria, da esperire con il sistema dell'e-procurement, utilizzando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, errando in relazione alle modalità di attribuzione del punteggio all'elemento prezzo e impedendo, così, all'A.T.I. ICOM S.r.l. - GEFER S.p.A. - Giambattista Celletti S.r.l. di aggiudicarsi l'appalto. A tale censura si è associata l'A.C.E.R. per i profili di carattere generale che la questione riveste.

La vicenda relativa alla valutazione dell'elemento prezzo è risultata travagliata, giacché la stessa stazione appaltante, nel corso della procedura di gara, ha modificato ripetutamente le modalità di attribuzione del relativo punteggio. Infatti, originariamente il Capitolato Speciale d'Appalto disponeva (art. 5, punto B) che *“l'assegnazione del punteggio al prezzo offerto sarà effettuata attraverso l'interpolazione lineare tra il coefficiente pari a 1 (uno) al concorrente che avrà formulato il migliore prezzo e un coefficiente pari a zero attribuito al prezzo posto a base di gara. Pertanto, assegnato il coefficiente 1 al concorrente che avrà formulato il prezzo più basso, per gli altri concorrenti il punteggio sarà determinato con la formula  $V(a)_i = 1 + (y/x) \cdot 1 + (a/x)$ ”* dove x) rappresenta l'importo a base d'asta, y) il prezzo più basso e a) il prezzo offerto dal concorrente i-esimo). Tale la formula è stata, poi, rettificata in sede di indicazioni rese dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta, precisando – con formula più conforme all'indicazione di principio contenuta nel Capitolato Speciale d'Appalto, tesa a favorire l'interpolazione lineare tra il massimo ed il minimo ribasso – che dovesse procedersi con la seguente formula:  $X_i = (P_i/P_{max})x_{40}$ , dove  $X_i$  rappresenta il punteggio assegnato al concorrente i-esimo,  $P_i$  il ribasso

percentuale offerto dal concorrente i-esimo e Pmax il ribasso percentuale più alto offerto, mentre con il valore 40 si richiama il punteggio attribuito all'elemento prezzo all'interno dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Questa seconda formula, oltre ad essere conforme al principio dell'interpolazione lineare sancito dal Capitolato Speciale d'Appalto, risulta in linea con le indicazioni del D.P.R. n. 554/1999. Tuttavia, con una ulteriore nota inviata ai concorrenti l'ATAC S.p.A. ha precisato che la formula utilizzata per la valutazione dell'elemento prezzo sarebbe stata quella originariamente indicata nel Capitolato Speciale d'Appalto. Ciò ha avuto un effetto penalizzante per l'A.T.I. istante, che ha comportato la sostanziale "sterilizzazione" della differenza tra il proprio ribasso e quello offerto dall'impresa poi risultata aggiudicataria. In sostanza, l'utilizzo della formula correttiva indicata nella lettera d'invito (che avrebbe consentito all'A.T.I. istante di conseguire l'appalto) poi ulteriormente corretta dalla stazione appaltante con il richiamo alla formula originaria contenuta nel Capitolato Speciale d'Appalto, aveva il duplice effetto di attribuire il giusto peso all'elemento prezzo ed al punteggio ad esso attribuito e di risultare conforme al principio dell'interpolazione lineare ed alle indicazioni del Regolamento sui LLPP di cui al D.P.R. n. 554/1999.

Ciò posto, le istanti A.C.E.R. e A.T.I. ICOM S.r.l. - GEFER S.p.A. - Giambattista Celletti S.r.l. hanno chiesto all'Autorità di esprimere un parere in ordine ai seguenti punti: 1) se la formula originariamente indicata nel Capitolato Speciale d'Appalto non risulti assunta in violazione del principio dell'interpolazione lineare con conseguente illegittima "sterilizzazione" dell'elemento prezzo e vanificazione del punteggio (punti 40) ad esso attribuito; 2) se la formula indicata nella lettera d'invito, per converso, risulti quella più corretta (adeguata rispetto al valore attribuito all'elemento prezzo) e conforme alle indicazioni del D.P.R. n. 554/1999; 3) se l'ATAC S.p.A., conseguentemente a quanto osservato, non debba rivedere in sede di autotutela il provvedimento di aggiudicazione adottato.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 19 novembre 2010 l'ATAC S.p.A., ha rilevato che l'appalto in questione è diretto a soddisfare le esigenze di funzionalità e sicurezza della rete tranviaria, tenuto anche conto di quanto previsto in termini di sicurezza dell'esercizio dal D.Lgs. n. 753/80; peraltro, nel corso degli anni si è assistito ad un preoccupante fenomeno "deragliamenti", che ha indotto la stazione appaltante a prevedere una struttura delle attività da aggiudicare particolarmente orientata sul profilo qualitativo e tecnico, oltre che su criteri di ottimale soluzione economica. In tale contesto, anche per quanto riguarda la formula di aggiudicazione, si è inteso privilegiare la concorrenza su elementi di maggiore qualità, rendendo meno determinante (attraverso la formula matematica individuata) la scelta verso eccessive percentuali di sconto.

Al contraddittorio documentale ha partecipato anche la controinteressata impresa SALCEF S.p.A., aggiudicataria della gara in A.T.I. con Cavatorta & Figli S.p.A., la quale, con nota pervenuta il 19 novembre 2010, ha osservato che, relativamente alla valutazione dell'offerta economica, l'ATAC S.p.A. ha dapprima indicato una formula all'art. 5, punto B), del Capitolato Speciale d'Appalto (ossia:  $V(a)_i = 1 + (y/x) : 1 + (a/x)$ ); successivamente, con lettera di invito del 17 febbraio 2010, la stazione appaltante ha modificato la suddetta formula matematica originaria, sostituendola con una diversa formula (ossia:  $X_i = (P_i/P_{max}) \times 40$ ), ma con ulteriore comunicazione del 3 marzo 2010 la medesima ATAC S.p.A. ha revocato le modifiche introdotte, ripristinando l'originaria formulazione di cui al citato art. 5, punto B), del Capitolato Speciale d'Appalto e prorogando nel contempo i termini per il deposito delle offerte tecnico-economiche. La gara è stata aggiudicata all'A.T.I. SALCEF S.p.A. - Cavatorta & Figli S.p.A. ed è stato sottoscritto il relativo contratto che è in corso di esecuzione. Nella fattispecie – ad avviso della predetta impresa SALCEF S.p.A. – non è stato violato alcun principio e alcuna regola, in quanto la stazione appaltante con provvedimenti

legittimi e discrezionalmente non sindacabili ha, con due distinte note antecedenti lo svolgimento della gara, comunicato a tutte le imprese partecipanti, dapprima, l'introduzione della modifica del criterio di valutazione dell'offerta economica e, successivamente, la sua revoca con reintroduzione del criterio originario, posticipando i termini per il deposito delle offerte. Pertanto, è stata garantita la trasparenza dell'operato dell'ATAC S.p.A. mediante la rituale comunicazione alle imprese partecipanti degli atti procedurali ed endoprocedimentali ed è stata garantita la *par condicio* fra le imprese, consentendo loro di proporre l'offerta migliore ai fini della aggiudicazione e concedendo a tal fine una proroga dei termini di deposito delle offerte. Infine, la suddetta impresa SALCEF S.p.A. ha rilevato come sia incomprensibile la censura mossa dall'istante A.T.I. ICOM S.r.l. - GEFER S.p.A. - Giambattista Celletti S.r.l. avente ad oggetto la presunta violazione del principio dell'interpolazione lineare, in quanto la stessa è priva di adeguate e plausibili motivazioni tecniche e si fonda esclusivamente sul fatto che l'applicazione del revocato criterio di valutazione dell'offerta economica sarebbe stato l'unico a consentire all'A.T.I. istante di aggiudicarsi la gara.

### *Ritenuto in diritto*

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, occorre, preliminarmente, osservare che non sono in discussione le circostanze di fatto che hanno indotto la stazione appaltante a modificare (prima) il criterio matematico di attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica indicato nell'art. 5, punto B) del Capitolato Speciale d'Appalto e a ripristinare (poi) la clausola originariamente contenuta in tale disposizione della *lex specialis*. Per rispondere alle problematiche poste dalle istanze è necessario, invece, verificare se la formula contenuta nel citato articolo 5 del Capitolato Speciale d'Appalto sia o meno in linea con la disciplina applicabile alla fattispecie.

Al riguardo, si deve considerare che la richiamata *lex specialis* stabilisce quale criterio di scelta del contraente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo l'attribuzione di 60 punti per l'offerta tecnica e 40 punti per l'offerta economica, da attribuire in base al ribasso percentuale sui listini per i materiali e opere finite e sui costi generali e utile d'impresa per il prezzo della manodopera. L'art. 5 del Capitolato Speciale d'Appalto, nel testo in concreto applicato – ossia quello originario, prima corretto poi ripristinato dalla stazione appaltante – pur non citando il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 precisa, tuttavia, al punto B “Offerta economica” che *“l'assegnazione del punteggio al prezzo offerto sarà effettuata attraverso l'interpolazione lineare tra il coefficiente pari a 1 (uno) al concorrente che avrà formulato il migliore prezzo e un coefficiente pari a zero attribuito al prezzo posto a base di gara”*, con ciò riproducendo testualmente quanto previsto dall'allegato B del suddetto D.P.R. n. 554/1999 nel caso di utilizzo del c.d. “metodo aggregativo compensatore”, laddove si precisa che *“i coefficienti V(a) sono determinati:...b) per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa quale il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe, attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari ad uno, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficiente pari a zero, attribuito a quelli posti a base di gara”*

Pertanto, essendo chiaro e non contestato il richiamo della citata disposizione del Capitolato Speciale d'Appalto al criterio dell'interpolazione lineare negli stessi termini dettati dall'allegato B del D.P.R. n. 554/1999, appare logico e coerente interpretare la *lex specialis* alla luce di tale normativa regolamentare, la quale per l'appunto prevede l'obbligo di attribuire coefficienti variabili a partire dal valore pari a zero, cui far corrispondere un punteggio pari a zero, alle offerte corrispondenti al prezzo posto a base di gara, e coefficiente uno alla migliore offerta di ribasso sul prezzo, interpolando linearmente i valori delle offerte intermedie.

Nello specifico, per l'assegnazione del punteggio all'elemento “prezzo” l'art. 5 del Capitolato

Speciale d'Appalto, nel testo in concreto applicato alla fattispecie in esame, prevede che "assegnato il coefficiente 1 al concorrente che avrà formulato il prezzo più basso, per gli altri concorrenti il punteggio sarà determinato con la formula  $V(a)_i = 1 + (y/x) : 1 + (a/x)$ " dove x) rappresenta l'importo a base d'asta, y) il prezzo più basso e a) il prezzo offerto dal concorrente i-esimo).

Per rispettare il principio dell'interpolazione lineare previsto dalla citata disposizione del Capitolato Speciale d'Appalto – meramente riproduttiva del disposto di cui all'allegato B del D.P.R. n. 554/1999 – ed assicurare, quindi, l'attribuzione del coefficiente 0 all'ipotetica offerta pari all'importo a base di gara, l'attribuzione del coefficiente 1 alla migliore offerta e valori interpolati linearmente con tali dati per le altre offerte, va condivisa la tesi delle istanze A.C.E.R. e A.T.I. ICOM S.r.l. - GEFER S.p.A. - Giambattista Celletti S.r.l. secondo cui la formula effettivamente conforme a detto principio sarebbe stata non quella in concreto applicata ma quella correttiva – introdotta con lettera di invito del 17 febbraio 2010 e poi eliminata – ossia:  $X_i = (P_i/P_{max}) \times 40$ , dove  $X_i$  rappresenta il punteggio assegnato al concorrente i-esimo,  $P_i$  il ribasso percentuale offerto dal concorrente i-esimo e  $P_{max}$  il ribasso percentuale più alto offerto, mentre con il valore 40 si richiama il punteggio attribuito all'elemento prezzo all'interno dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al riguardo, questa Autorità ha già chiarito, nella deliberazione n. 218 del 27 giugno 2007, che non può essere considerata in linea con le disposizioni contenute nell'allegato B del D.P.R. n. 554/1999 – alla luce delle quali risulta logico interpretare la *lex specialis* in esame per quanto sopra evidenziato – la formula adottata per l'attribuzione del punteggio relativo al prezzo offerto che comporta, nel caso l'offerta corrisponda al prezzo a base di gara, che il coefficiente di interpolazione risulti diverso da zero. Invece, la formula in concreto applicata dalla stazione appaltante, ossia:  $V(a)_i = 1 + (y/x) : 1 + (a/x)$  conduce proprio a tale esito non consentito. Infatti, nel caso di offerta pari alla base d'asta il rapporto  $(a/x)$ , dove a) rappresenta il prezzo offerto dal concorrente i-esimo e x) rappresenta l'importo a base d'asta, sarà pari a 1, per cui il denominatore della formula in questione sarà pari a 2 (1+1), mentre il numeratore,  $1 + (y/x)$ , dove y rappresenta il prezzo più basso e x) rappresenta l'importo a base d'asta, sarà sempre un numero pari o maggiore di 1. Conseguentemente il loro rapporto, che esprime il valore del coefficiente  $V(a)_i$ , non potrà mai risultare pari a zero. Viceversa, la formula  $X_i = (P_i/P_{max}) \times 40$ , dove  $P_i$  rappresenta il ribasso percentuale offerto dal concorrente i-esimo e  $P_{max}$  il ribasso percentuale più alto offerto, nel caso di offerta pari alla base d'asta e quindi pari a 0,00% di ribasso, comporta che il numeratore sarà pari a 0,00% per cui il punteggio finale sarà pari a 0,00, risultando in tal modo rispettato il principio di interpolazione lineare di cui all'Allegato B del D.P.R. n. 554/1999. Peraltro, nella citata deliberazione n. 218/2007 l'Autorità ha osservato che l'espressione che meglio risponde alle disposizioni vigenti è la seguente: "a) nel caso in cui il prezzo offerto è espresso in Euro:  $PP_i = PP_{max} \times (P_{base} - P_i) / (P_{base} - P_{min})$ , nella quale:  $PP_i$  è il punteggio attribuito all'offerta del concorrente in rapporto all'elemento prezzo;  $P_{min}$  è il prezzo minimo offerto;  $P_i$  è il prezzo offerto dal concorrente;  $PP_{max}$  è il punteggio massimo attribuibile all'elemento prezzo;  $P_{base}$  è il prezzo posto a base di gara; b) nel caso l'offerta è espressa in termini di ribasso percentuale rispetto all'importo a base di appalto:  $PP_i = PP_{max} \times (Pr\%_i / Pr\%_{max})$ , nella quale:  $PP_i$  è il punteggio attribuito all'offerta del concorrente in rapporto all'elemento prezzo;  $PP_{max}$  è il punteggio massimo attribuibile all'elemento prezzo;  $Pr\%_i$  è il ribasso offerto dal concorrente;  $Pr\%_{max}$  è il massimo ribasso offerto."

Infatti, da un lato, il mero rapporto tra i dati numerici delle offerte espresse in euro, se non raffrontato con il prezzo posto a base di gara (per differenza numerica) non ha alcun significato, dall'altro lato, l'utilizzo del dato percentuale per l'individuazione dei coefficienti di cui trattasi permette di tener conto dell'importo a base di gara e quindi dell'effettiva differenza tra le offerte. Le richiamate indicazioni sono state, peraltro, di recente confermate, in termini generali, nella determinazione di questa Autorità n. 4 del 20 maggio 2009 e, con riferimento a fattispecie analoga a quella in esame, nel parere n. 151 del 9 settembre 2010.

Appare opportuno ricordare, inoltre, che da quanto riferito dalle istanti e sostanzialmente confermato dall'ATAC S.p.A., risulta che per l'elemento prezzo la stazione appaltante ha motivato la decisione di ripristinare l'originaria formula non in linea – come sopra rilevato – con il criterio dell'interpolazione lineare dalla stessa individuato nella *lex specialis* di gara nei medesimi termini dettati dall'allegato B del D.P.R. n. 554/1999, sulla base della considerazione che tale metodo avrebbe potuto privilegiare la componente economica dell'offerta anziché quella tecnico-qualitativa, in contrasto con la tipologia di opera da realizzare.

Sul punto si deve considerare che è vero che quando si sceglie come criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'individuazione della migliore offerta deve derivare da un apprezzamento complessivo dei fattori tecnici ed economici, dando prevalenza ai primi (cfr. art. 83, D.Lgs. n. 163/2006), ma tale esigenza, da una parte, non può comportare la scelta di derogare al criterio dell'interpolazione lineare (da 0 punti da assegnare all'offerta ipoteticamente pari all'importo posto a base di gara, a 40 punti da attribuire all'offerta economica caratterizzata dal miglior ribasso) al cui rispetto la stazione appaltante si è autovincolata e, dall'altra, risulta adeguatamente soddisfatta dalla scelta di attribuire 60 punti (dei 100 a disposizione) all'offerta tecnica.

In sostanza, l'Amministrazione avrebbe dovuto inserire nella formula da applicare indici e valori in grado di garantire l'attribuzione di 40 punti, corrispondenti al coefficiente 1, all'offerta economica migliore, e l'attribuzione di 0 punti, in relazione al coefficiente 0, all'offerta economica peggiore coincidente con l'importo posto a base di gara, con conseguente attribuzione di un punteggio graduato alle altre offerte in relazione ai valori interpolati linearmente con tali dati.

In questo senso va data risposta alle richieste delle istanti sintetizzate nella narrativa in fatto ai punti 1) e 2), mentre riguardo al punto 3) si deve ricordare che secondo un consolidato indirizzo di questa Autorità (cfr.: determinazione n. 17 del 10 luglio 2002) e della stessa giurisprudenza amministrativa la scelta di intervenire in via di autotutela da parte della stazione appaltante costituisce frutto di una determinazione discrezionale e non vincolata.

In base a quanto sopra considerato

## **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la formula originariamente indicata nell'art. 5 del Capitolato Speciale d'Appalto, prima corretta e poi effettivamente applicata dall'ATAC S.p.A., non risulti legittima in quanto non in linea con gli atti di gara.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2011*

Il Segretario: Maria Esposito