

## **Parere n. 40 del 10 marzo 2011**

### **PREC 188/10/L**

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 Sweet House S.r.l. – Lavori di recupero e sistemazione della Piazza "Simonetta Lamberti" – Importo a base d'asta €1.531.159,09 – S.A.: Comune di Cautano.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 10 agosto 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Sweet House S.r.l. ha contestato le previsioni del bando di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, ritenute limitative della *par condicio* e della libera concorrenza sotto i tre seguenti profili: – manifesta irrazionalità nell'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, valutata nel bando di gara nella misura massima di 65 punti su 100 rispetto ai soli 10 punti su 100 attribuiti all'offerta tempo e ai 15 su 100 attribuiti all'offerta prezzo, assegnando così predominanza decisiva alla sola offerta tecnica, nonché illegittimità del sottocriterio di selezione dell'offerte denominato "ORGANIGRAMMA CONCORRENTE ED ESPERIENZA", al quale si attribuiscono fino a 10 punti, riguardando requisiti soggettivi del concorrente e non proposte tecniche; – aggravio eccessivo dei costi di presentazione delle offerte, atteso che il bando di gara prevede il versamento obbligatorio di €50,00 per il ritiro dell'attestazione di avvenuta presa visione dei luoghi e dei documenti inerenti l'appalto, nonché di €200,00 per il ritiro su supporto informatico (CD-ROM) di copia completa degli elaborati progettuali a base di gara; – fissazione dei termini per la ricezione delle offerte senza tener conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e comunque in violazione dei termini minimi di cui all'art. 70, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006, tenuto conto dell'autorizzata predisposizione da parte degli operatori economici interessati di varianti in miglioramento al progetto esecutivo posto a base di gara, nonché della inattuazione di alcuna delle previsioni di riduzione dei termini minimi, ai sensi dei successivi commi 7 e 9 del medesimo art. 70 e della previsione di obbligatorio ritiro dei documenti di gara presso la sede municipale, che avrebbe imposto una proroga ai sensi del comma 10 del medesimo art. 70.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, il Comune di Cautano ha replicato alle suddette censure formulando le seguenti controdeduzioni.

In relazione al primo profilo in contestazione, la stazione appaltante ha difeso la scelta compiuta in ordine all'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica (65 punti su 100), evidenziando che si tratta di *"un intervento particolare sottoposto a vincolo paesaggistico ed ambientale da realizzarsi*

*al centro del capoluogo di Cautano, su di una piazza di vitale importanza per l'intera collettività"* per cui *"si è inteso privilegiare proposte tecniche migliorative rispetto all'aspetto economico e temporale"*. Quanto all'attribuzione fino a 10 punti al sottocriterio denominato "ORGANIGRAMMA CONCORRENTE ED ESPERIENZA", la stazione appaltante ha motivato tale scelta rappresentando che *"si ritiene questo un elemento significativo per la valutazione del concorrente"*. Inoltre, con riferimento al contestato eccessivo aggravio dei costi di presentazione delle offerte, il Comune di Cautano ha motivato il proprio operato in ragione della conforme linea di condotta adottata in passato in altre procedure di gara. Infine, in ordine alla contestata violazione dei termini minimi di cui all'art. 70, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante ha osservato che il procedimento è stato espletato nel pieno rispetto dell'art. 122 del D.Lgs. n. 163/2006 – trattandosi di appalto sotto soglia comunitaria a cui si applica l'art. 122 del Codice dei contratti pubblici e non l'art. 70, comma 6, del Codice medesimo come postulato dall'istante – informando che il bando è stato pubblicato il giorno 9 luglio 2010, mentre il termine per la presentazione delle offerte era il giorno 11 agosto 2010, per cui sono stati concessi a tal fine ben trentadue giorni.

### *Ritenuto in diritto*

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità delle previsioni del bando di gara sotto i tre profili contestati e riportati nella narrativa in fatto.

Sotto il primo profilo, l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, valutata nel bando di gara nella misura massima di 65 punti su 100 rispetto ai 10 punti su 100 attribuiti all'offerta tempo e ai 15 su 100 attribuiti all'offerta prezzo, appare previsto nei limiti della ragionevolezza e adeguatamente motivato in relazione all'oggetto della gara, trattandosi di *"un intervento particolare sottoposto a vincolo paesaggistico ed ambientale"*, nonché alle dichiarate finalità perseguite di *"privilegiare proposte tecniche migliorative rispetto all'aspetto economico e temporale"*, derivanti dall'importanza annessa alla piazza, ritenuta dal Comune di Cautano *"una piazza di vitale importanza per l'intera collettività"*.

In generale, in termini ricostruttivi sul punto, si deve ribadire (cfr. parere n. 149 del 9 settembre 2010) che la direttiva 2004/18/CE ("considerando" n. 46) prevede, nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, la piena discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nella fissazione dei criteri, purché tali criteri siano indicati nel bando di gara ed anche ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 il prezzo, come pure il tempo di esecuzione, costituiscono uno tra i tanti elementi da combinare al fine di individuare l'offerta migliore (per lo più concernenti l'aspetto tecnico quali, a titolo esemplificativo: "...b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.....omissis).

La giurisprudenza amministrativa, in tale contesto, pur tendendo a riconoscere, nelle gare d'appalto da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la legittimità dell'attribuzione di un peso percentuale maggiore in favore dell'elemento tecnico qualitativo rispetto a quello economica quantitativo, afferma comunque, sulla base dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, che la stazione appaltante, purché sia specificato nel bando di gara e nella lettera di invito, non ha limiti nella fissazione dei punteggi da attribuire per ogni aspetto dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ne deriva che anche il prezzo, come pure il tempo di esecuzione,

possa subire degli aggiustamenti in base alla formula adottata dall'Amministrazione.

Sulla base di tali considerazioni a monte si deve ribadire che la scelta del peso da attribuire a ciascun elemento dell'offerta è rimessa, quindi, caso per caso alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque, all'importanza che, nel caso concreto, hanno il fattore economico quantitativo e gli elementi qualitativi. Conseguentemente, le scelte concretamente poste in essere nelle clausole della *lex specialis* rientrano nella discrezionalità della stazione appaltante, che può essere sindacata solo se manifestamente illogica o irragionevole (cfr. ad es. TAR Lazio, Sez. III, 28 gennaio 2009 n. 630). Unico vincolo posto dal legislatore, comunitario e nazionale, è che sia il prezzo sia gli aspetti di carattere qualitativo dell'offerta siano oggetto di valutazione, atteso che l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nel "considerando" n. 46 della citata direttiva n. 18/2004, è definita quella che tende a garantire il miglior rapporto tra qualità e prezzo.

Pertanto, in caso di opzione in favore del criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza del prezzo, come pure del tempo di esecuzione, nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo (o massimo) predeterminato, purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita riconoscendosi all'elemento prezzo un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello attribuito agli altri elementi da tenere in considerazione nella scelta dell'offerta migliore, invece di combinarlo con tali altri elementi onde assicurare, da un lato, all'amministrazione il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro lato, di consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme valutazione dell'offerta (TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 21 novembre 2005, n. 6901).

Invero, nel caso di specie la previsione di 15 punti su 100 per il prezzo, come pure la previsione di 10 punti su 100 per l'offerta tempo, avvicina la previsione al limite di ragionevolezza in tema di marginalizzazione, pur senza scavalcarlo. A titolo esemplificativo, per l'elemento prezzo è stata reputata da questa Autorità come illogica la marginalizzazione operata attraverso la limitazione del suo peso a 5 punti su 100, tale da far perdere sostanziale rilievo all'elemento prezzo (e, quindi, al dato economico) ai fini della scelta dell'aggiudicatario, senza alcuna esplicita motivazione correlata alle peculiarità specifiche dell'appalto oggetto di affidamento, producendo così anche uno "squilibrio" nella scelta razionale del peso relativo a ciascun elemento. Nel caso di specie, se per un verso il bando non manifesta le peculiarità e le finalità perseguite – esplicitate dalla stazione appaltante solo in via istruttoria – per un altro verso, trattandosi di un intervento particolare sottoposto a vincolo paesaggistico ed ambientale, appare sussistere una oggettiva peculiarità dell'appalto in affidamento che mantiene nei limiti della ragionevolezza la scelta compiuta di privilegiare proposte tecniche migliorative rispetto all'aspetto economico e temporale.

In tale contesto appare invece ex sé censurabile l'elevazione a specifico criterio, al pari di offerta tecnica ed economica con l'attribuzione di un punteggio di poco inferiore all'elemento prezzo, di una generica voce qualificata "ORGANIGRAMMA CONCORRENTE ED ESPERIENZA".

In proposito, è nota la distinzione tra elementi di valutazione dell'offerta e requisiti di partecipazione ed è nell'ambito dei secondi che devono essere inquadrati e valutati (a fini di ammissione) gli elementi concernenti le precedenti esperienze e le caratteristiche organizzative e dimensionali della singola impresa interessata in quanto del settore.

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"*. Peraltro, anche la giurisprudenza costante evidenzia che nella normativa sia nazionale che comunitaria è codificato il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti

all'aggiudicazione, che ha un sostanziale supporto logico nella necessità di tener separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara pubblica da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6490).

Anche nel caso di specie, non sussistendo specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano e consentono un'applicazione per così dire "attenuata" del suddetto principio (cfr., ad esempio, parere n. 5 del 14 gennaio 2010) costituisce erronea applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 la commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, che si verifica quando elementi di valutazione specificati riguardano caratteristiche organizzative e soggettive del concorrente, che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dalla concorrente (nel caso de quo il criterio "esperienza") ed al suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale (nel caso de quo il criterio "organigramma concorrente"), ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, e quindi solo quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta (cfr., ad esempio, T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 1887).

Passando all'esame del secondo profilo in contestazione, concernente l'onerosità prevista per alcuni incumbenti necessari alla partecipazione, le considerazioni dell'impresa istante Sweet House S.r.l. appaiono condivisibili, in quanto entrambe le previsioni eccipite appaiono contrarie ai principi vigenti.

Al riguardo occorre rilevare che la richiesta ai concorrenti alle gare di appalto del pagamento di un doppio onere di partecipazione, quali risultano essere la somma di €50,00 previsti per il ritiro dell'attestazione di avvenuta presa visione dei luoghi e dei documenti inerenti l'appalto nonché di € 200,00 (somma, invero, sproporzionata e comunque svincolata dall'effettivo costo di riproduzione degli elaborati) per il ritiro su supporto informatico (CD-ROM) di copia completa degli elaborati progettuali a base di gara, rappresenta una violazione del principio della libera partecipazione agli appalti da parte degli operatori economici, atteso che, come già chiarito da questa Autorità (cfr. ad es. pareri n. 12, 21 e 67/2008 e, più di recente, pareri n. 187 e 210/2010), l'unica forma di partecipazione consentita è il rimborso delle spese di riproduzione della documentazione di gara. Sotto il terzo profilo in contestazione, concernente la fissazione dei termini per la ricezione delle offerte senza tener conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e comunque in violazione dei termini minimi di cui all'art. 70, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006, si deve evidenziare che la norma che viene in rilievo nel caso di specie, come giustamente osservato dalla stazione appaltante, è l'art. 122 del D.Lgs. n. 163/2006, contenente la disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia, come quello in argomento, il cui comma 6 così recita, per quel che ci occupa: *"Ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e di comunicazione dei capitolati e documenti complementari, si applicano l'articolo 70, comma 1 e comma 10, in tema di regole generali sulla fissazione dei termini e sul prolungamento dei termini, nonché gli articoli 71 e 72, e inoltre le seguenti regole: a) nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte, decorrente dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana per i contratti di importo pari o superiore a cinquecentomila euro, e dalla pubblicazione del bando nell'albo pretorio del Comune in cui si esegue il contratto per i contratti di importo inferiore a cinquecentomila euro non può essere inferiore a ventisei giorni; (...) e) in tutte le procedure, quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione esecutiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara o di invio dell'invito; (...)"*.

Al riguardo si rileva che non risulta che la procedura di gara in oggetto preveda l'elaborazione della progettazione esecutiva, trattandosi – come si evince dal bando di gara – di *"Procedura aperta per l'affidamento dell'esecuzione di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 53, comma 2, lett. a)... del D.Lgs. n. 163/2006..."* – lettera che prevede *"la sola esecuzione"* – e si evidenzia, altresì, che sono

unicamente ammesse, in sede di presentazione dell'offerta "*modeste varianti senza stravolgere ovviamente il progetto esecutivo posto a base di gara, il tutto nel rispetto del comma 2 dell'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006*" (punto 5 del bando di gara). Pertanto, il termine di trentadue giorni assegnato dal Comune di Cautano per presentare le offerte (dal 9 luglio 2010, data di pubblicazione del bando, all'11 agosto 2010, termine per la presentazione delle offerte) risulta assolutamente legittimo e, anzi, superiore ai ventisei giorni stabiliti dal citato art. 122, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006, nella dovuta considerazione della contestuale applicazione alla fattispecie in esame dei commi 1 e 10 dell'art. 70 del medesimo Codice dei contratti pubblici – richiamati dallo stesso art. 122, comma 6 – i quali, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, impongono alle stazioni appaltanti di tener conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte o, se le offerte possono essere formulate solo previa consultazione sul posto dei documenti di gara, di prevedere una adeguata proroga.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il bando di gara sia:

- conforme alla vigente normativa di settore con riferimento ai punteggi attribuiti all'elemento prezzo e al tempo di esecuzione nonché in relazione al termine assegnato per la ricezione dell'offerta;
- non conforme con riferimento alla previsione, tra i criteri di valutazione dell'offerta, di elementi che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dai concorrenti ed al loro livello di capacità tecnica e specializzazione professionale, nonché in relazione al previsto aggravio dei costi di partecipazione alla gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 marzo 2011*

Il Segretario: Maria Esposito