

Parere n.8 del 29/07/2014

PREC 32/14/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla SISTEC S.r.l. – “Procedura aperta per la fornitura ed installazione di un sistema di videosorveglianza del Comune di Agropoli” –Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 236.162,99 – S.A.: Comune di Agropoli.

Offerta economica, offerta tecnica e componente temporale.

Il Consiglio

Ritenuto in fatto

In data 30 gennaio 2014 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la ditta SISTEC S.r.l. chiede un parere in merito alla procedura di gara indetta dal Comune di Agropoli per l’affidamento, mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, dell’appalto per la fornitura ed installazione di un sistema di videosorveglianza del Comune, di importo pari ad euro 236.162,99.

Più specificamente, la ditta istante contesta la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti sul presupposto dell’inserimento, nell’offerta tecnica, di elementi riguardanti i tempi di realizzazione della fornitura e il crono programma”.

Secondo l’istante, detta esclusione si porrebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione enunciato dall’art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

In particolare, la SISTEC S.r.l. chiede che sia chiarito in che misura la presenza di una componente temporale nell’offerta tecnica determini quel difetto di separazione dell’offerta economica dall’offerta tecnica posto dalla stazione appaltante a fondamento dell’esclusione predetta.

In seguito all’avvio del procedimento, avvenuto con comunicazione del 25 febbraio 2014, la stazione appaltante ha presentato memoria confermando la legittimità del proprio operato.

Considerato in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’esclusione dalla gara de qua della ditta SISTEC S.r.l., disposta per avere inserito nell’offerta tecnica l’”Allegato Tecnico Criteri qualitativi e Criteri quantitativi di attribuzione dei punteggi” contenente il termine di esecuzione del lavoro (fornitura) nonché l’”Allegato Tecnico Tempi di Esecuzione” contenente i tempi di realizzazione e il crono programma.

Il bando di gara, alla sezione VI, punto VI.3 (“Informazioni complementari”), lett. b.3, così prescrive: “offerta economica e temporale in apposita busta interna al plico e contrassegnata dalla dicitura “offerta economica” mediante ribasso percentuale di cui al punto b.4; offerta di tempo mediante riduzione percentuale del termine di esecuzione posto a base di gara costituito dal periodo di cui al punto II.3) [durata in giorni 90]”; il disciplinare, nella Parte II, punto 6 (“Cause di esclusione in fase di aggiudicazione”), prevede, alla lettera a.5), dopo l’apertura della busta interna della “Offerta tecnica”, l’esclusione delle offerte “che rendono palese, direttamente o indirettamente, l’offerta di prezzo o l’offerta di tempo”.

Per la soluzione della questione sembra sufficiente il richiamo al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, nelle procedure indette per l’aggiudicazione di appalti pubblici sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione di gara è tenuta a valutare, prima, i profili tecnici delle offerte, soggetti, come tali, a valutazioni discrezionali e, solo successivamente, i profili (quali quelli nella fattispecie contemplati del prezzo e del tempo) soggetti, come tali, ad un automatismo di valutazione; ciò, in quanto la conoscenza di questi ultimi prima ancora di quelli tecnici costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere alle gare pubbliche, giacché la conoscenza preventiva delle

condizioni suscettive di automatica ponderazione consentirebbe di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti, e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, per il solo fatto di esistere inficerebbe la regolarità della procedura (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato Sez. V, 7 gennaio 2013, n. 10; 25 maggio 2009, n. 3217; 8 settembre 2010, n. 6509; 21 marzo 2011, n. 1734).

Da tale principio deriva, infatti, il lineare corollario, mutuato dalla *lex specialis* della gara in oggetto, per cui, nel caso di ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere evitato che una eventuale conoscenza degli elementi di valutazione di carattere automatico (quale appunto, nella fattispecie considerata, il prezzo e il tempo) possa influenzare la valutazione degli elementi discrezionali (in tal senso si veda, da ultimo, Cons. Stato Ad.Pl., 26 luglio 2012, n. 30).

Talché, ha costituito, nel caso di specie, violazione degli essenziali principi della *par condicio* tra i concorrenti e di segretezza delle offerte – inderogabili principi, questi, di matrice comunitaria – l'inserimento, da parte dell'impresa concorrente esclusa, di elementi di valutazione automatica all'interno della busta contenente l'offerta tecnica; e tale violazione si sarebbe concretizzata perfino senza una espressa menzione da parte della *lex specialis* di gara (si veda, in tal senso, C.d.S., Sezione V, 1° marzo 2012, n. 1196).

Ciò posto, occorre sottoporre a verifica l'assunto di fondo sotteso alla richiesta di parere, ovvero accertare se la commistione tra elementi di valutazione automatica ed elementi oggetto di valutazione discrezionale sia stata indotta dalle previsioni della legge di gara, onde sarebbe stata proprio questa a mettere fuori causa il richiamato principio di separazione fornendo informazioni fuorvianti; in tal caso la commistione non sarebbe imputabile a colpa del concorrente escluso, che non avrebbe fatto altro che attenersi alle regole della procedura.

Tale interrogativo, tuttavia, è destinato a dissolversi facilmente dinanzi alla chiara indicazione data dalle precitate clausole, del bando e del disciplinare di gara, in ordine alla rigorosa suddetta separazione, prescritta a chiare lettere, alla stregua di noti principi di settore che non potevano, in ultima analisi, non ispirare anche l'interpretazione della *lex specialis*, ove mai un elemento di dubbio sul da farsi fosse davvero residuo. Ed è appena il caso di notare, in proposito, che il concorrente avrebbe avuto, in tal caso, l'onere (potere-dovere) di indirizzare alla stessa stazione appaltante una specifica richiesta di chiarimenti sul punto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante che ha escluso la ditta SISTEC S.r.l. dalla gara per l'affidamento dell'appalto di fornitura ed installazione di un sistema di videosorveglianza del Comune di Agropoli.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 6 agosto 2014

Il Segretario Maria Esposito