

Parere n.127 del 06/06/2014

PREC 277/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Azienda sanitaria Locale roma h - "Affidamento del servizio di outsourcing gestione beni archivistici Asl Roma H"- Importo a base di gara €1.200.000,00 per due anni- S.A.: Azienda sanitaria Locale roma h.

Offerta economica con voci di costo pari a 0. Formula matematica inapplicabile. Commissione di gara. Inammissibilità di correzioni dell'offerta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 ottobre 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Azienda sanitaria Locale roma h, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'operato della commissione giudicatrice. In particolare chiede se la commissione - accertato che due delle tredici ditte partecipanti (in particolare la ATI Medilife Spa/G&F Software Srl/Visart s.c.a.r.l. e la Traser S.r.l.) presentavano delle offerte economiche composte da talune voci di costo pari a zero - possa applicare la formula matematica indicata nel disciplinare disponendo gli adattamenti idonei a consentirne l'operatività, ovvero, dovendo applicare detta formula in modo rigido, debba procedere all'esclusione di quelle offerte economiche con voci di costo pari a zero. Le norme di partecipazione alla gara stabilivano che l'appalto *de quo* sarebbe stato aggiudicato mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in conformità all'art. 83 del Codice dei Contratti Pubblici, valutata con riferimento ai criteri di "qualità" (punti 60) e "prezzo" (punti 40) indicati in Disciplinare (Art. 9).

Per quello che qui interessa l'art. 9 della *lex specialis* di gara prevedeva che il punteggio "prezzo" dell'intero servizio fosse suddiviso nelle seguenti voci:

Costo complessivo riferito all'intero servizio biennale offerto	35
Costo unitario, al metro lineare, per archivio cartaceo oltre il 10% previsto e compreso nel costo del servizio	3
Costo unitario, al metro lineare, per restituzione archivio con posizionamento a bocca di carico al termine del contratto	2

Il medesimo articolo del Disciplinare prevedeva, altresì, che per il calcolo del punteggio da assegnare ad ognuna delle voci suddette si sarebbe applicata la seguente formula:

$$\text{Punteggio} = \frac{[\text{offerta più bassa}]}{[\text{offerta presa in considerazione}]} \times (\text{punteggio massimo})$$

Nel corso della seduta pubblica di apertura delle buste contenenti l'offerta economica era emerso che due delle concorrenti in gara avevano presentato un'offerta economica pari a 0 per talune voci di costo.

Segnatamente, l'ATI Medilife S.p.A. / G&F Software S.r.l. / Visart S.c.a.r.l. aveva presentato un'offerta pari a 0 per le voci "Costo unitario, al metro lineare per archivio cartaceo oltre il 10% previsto e compreso nel costo del servizio" e "Costo unitario, al metro lineare, per restituzione archivio con posizionamento a bocca di carico al termine del contratto", mentre la Società Traser S.r.l. aveva presentato un'offerta pari a 0 per la voce "Costo unitario, al metro lineare, per

restituzione archivio con posizionamento a bocca di carico al termine del contratto".

La Commissione, all'unanimità, al fine di rendere applicabile la formula matematica prevista dal Disciplinare di Gara e consentire una distribuzione proporzionale dei punteggi da assegnare, attribuiva alle suddette voci di costo un valore infinitesimale pari a 0,000000001.

Al termine delle operazioni di valutazione delle offerte la procedura concorsuale *de qua* veniva quindi provvisoriamente aggiudicata alla Società Sediin S.p.A., con punti 83,40, in virtù di un ribasso da quest'ultima offerto sulla base d'asta. Da un punto di vista qualitativo, l'offerta dell'ATI Memar Monteassegni S.p.A. e Segesta S.r.l. era risultata la migliore avendo la Commissione giudicatrice assegnato ad essa 55,60 punti su 60,00 disponibili a fronte dei 48,40 attribuiti all'offerta della Società Sediin.

L'ATI Memar Monteassegni S.p.A. / Segesta S.r.l., in termini assoluti, si è classificata al secondo posto in graduatoria con punti (totali) 81,43.

Il giorno 03/10/2013, veniva notificato alla Commissione di gara un'istanza di annullamento in autotutela da parte della seconda ditta classificata RTI: Memar Monteassegni S.p.a- Segesta S.r.l., la quale rappresentava, attraverso il proprio procuratore, l'omessa esclusione delle due Ditte che avevano presentato un'offerta economica con voci di costo pari a zero, lamentandone l'illegittimità. Ritiene l'ATI Memar Monteassegni S.p.A. e Segesta S.r.l che la Commissione giudicatrice abbia arbitrariamente deciso di modificare le suddette voci di costo sostituendo al prezzo "0" offerto in gara dai concorrenti *de quibus* un importo pari ad Euro 0,01, ciò al fine di consentire il funzionamento della formula matematica utilizzata.

Se l'Organo straordinario dell'Amministrazione appaltatrice, di contro, avesse correttamente disposto l'esclusione dalla gara dell'ATI Medilife S.p.A. / G&F Software S.r.l. I Visart S.c.a.r.L e della Società Traser S.r.L, la graduatoria finale ne sarebbe risultata radicalmente mutata e l'ATI Memar Monteassegni S.p.A. - Segesta S.r.l. avrebbe conseguito il medesimo punteggio finale ottenuto dalla controinteressata (punti 83,40).

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 novembre 2013 è pervenuta una memoria della Società MemarMonteassegni S.p.A., in proprio e in qualità di mandataria in ATI con Segesta S.r.l., della società Sediin s.p.a. e dell'ATI Medilife S.p.A. / G&F Software S.r.l. / Visart S.c.a.r.l.

Ritenuto in diritto

La questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità dell'operato della commissione giudicatrice. In particolare, si chiede se la commissione - accertato che due delle tredici ditte partecipanti (in particolare la ATI Medilife Spa/G&F Software Srl/Visart s.c.a.r.l. e la Traser S.r.l.) presentavano delle offerte economiche composte da talune voci di costo pari a zero - possa applicare la formula matematica indicata nel disciplinare, disponendo gli adattamenti idonei a consentirne l'operatività, ovvero, dovendo applicare detta formula in modo rigido, debba procedere all'esclusione di quelle offerte economiche con voci di costo pari a zero.

L'Amministrazione appaltatrice, poi, pur dando atto del fatto che in argomento si registra un contrasto giurisprudenziale, richiama, a sostegno del proprio operato, alcuni precedenti giurisprudenziali in materia (Cons. St., sez. VI, 17 settembre 2009 n. 5583, nonché sez. V, n. 3435 del 2007 e sez. VI, n. 8146 del 2004) assai risalenti nel tempo, da ritenersi oramai superati dall'evoluzione giurisprudenziale più meditata e recente che invece, come si dirà *infra*, esclude che l'offerta economica pari a zero possa essere modificata o integrata dalla stazione appaltante. Ciò premesso, occorre in primo luogo evidenziare l'inammissibilità di una formula matematica come quella prevista nel disciplinare di gara in questione, ai fini del calcolo del punteggio da assegnare a ogni singola voce di prezzo. Infatti essa non è lineare e non consente l'attribuzione dell'intero *range* di punteggi. Inoltre essa, essendo formulata in termini di ribasso invece che in termini di prezzo effettivo, porta a una paradossale attribuzione di punteggi, superiori a quelli stabiliti dal bando.

Sull'argomento, l'Autorità si è pronunciata con Determinazione n. 7 del 24.11.2011, recante "Linee

guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture”.

In ordine poi alla questione concernente l'operato della Commissione di gara nel caso di specie, si osserva che, in casi analoghi a quello in trattazione (offerta pari a 0 per talune voci di costo), l'Autorità si è espressa con Parere di precontenzioso n. 37/2010, con il quale ha rilevato che “in assenza di una clausola della *lex specialis* che sanziona a pena di inammissibilità la presentazione di un'offerta pari a zero per una delle voci di prezzo ed in presenza di una clausola che contempli espressamente la valutazione di offerte economiche incomplete, la stazione appaltante non possa disporre l'esclusione del concorrente in caso di incompletezza dell'offerta economica”.

In ordine al problema generale dell'ammissibilità di meccanismi di arrotondamento dei valori offerti dai concorrenti in assenza di specifiche disposizioni del bando, l'Autorità si è pronunciata con Parere di precontenzioso n. 79/2013 dove, nel richiamare la precedente Deliberazione n. 114/2002 e il Parere di precontenzioso n. 153/2008, ha evidenziato che “qualora il bando di gara non disponga che l'indicazione dei ribassi debba essere effettuata fino ad una determinata cifra decimale, per costante orientamento di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa, la Commissione di gara non può procedere ad effettuare arrotondamenti, dovendo acquisire le offerte nella loro integrità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1277/2003). (...)”

Il Consiglio di Stato (Sez. VI 2 marzo 2011 n. 1299) ha anche statuito che in assenza di specifiche previsioni nel bando di gara, la stazione appaltante non può assoggettare ad arrotondamenti il valore economico delle offerte. Deve, invero, ribadirsi il divieto per l'Amministrazione di sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative e di adattamento, che non abbiano avutesplicitazione nella *lex specialis* del concorso, risultando altrimenti violata la par condicio dei concorrenti e l'affidamento da essi posto nelle regole di gara per modulare l'offerta economica.

(...) In assenza di puntuali indicazioni del bando sui decimali e sulle modalità di arrotondamento, pertanto, devono essere ammesse tutte le offerte che ricadono nella soglia di valore ammessa dal bando.

Ed invero, appare lesivo dei principi della par condicio dei concorrenti, della pubblicità, ragionevolezza e affidamento, procedere, in sede di valutazione delle offerte economiche, ad arrotondamenti e confronti non previsti al fine di ovviare a carenze della *lex specialis*”.

Occorre quindi dare atto che non è dato alla commissione di gara alcun potere di modifica delle offerte, specie in base a non codificati e soggettivi criteri di ragionevolezza, dovendo essa limitarsi ad accertare eventuali inosservanze delle regole di gara.

Premesso quindi che nel caso di specie l'offerta pari a zero riguardava solo talune voci di prezzo, e che la *lex specialis* nulla disponeva con riferimento a tale eventualità, la stazione appaltante non poteva disporre l'esclusione delle offerte recanti voci di prezzo pari a zero.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, inammissibile la formula matematica prevista nel disciplinare di gara;

ritiene illegittimo il comportamento della Commissione di gara che proceda, in sede di valutazione delle offerte economiche, ad arrotondamenti e confronti non previsti al fine di ovviare a carenze della *lex specialis*.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito