

Parere n. 02 del 16 gennaio 2014

PREC 165/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Emanuele Brignole" – "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizie" – Importo complessivo lordo € 275.000,00 – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Azienda Pubblica di Servizi alla persona Emanuele Brignole di Genova.

ART. 83, comma 2, D.L.gs. n. 163/2006. Offerta economicamente più vantaggiosa ed esclusione del R.T.I. per mancato superamento della soglia di sbarramento fissata nel disciplinare di gara.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 giugno 2013, l'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Emanuele Brignole" ha presentato l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla esclusione dalla procedura per l'affidamento del servizio di pulizie disposta nei confronti del RTI "Pulitori ed Affini – Fidente S.p.A." per il mancato superamento della soglia di sbarramento fissata dal disciplinare, laddove prevede che "Non saranno ammessi al prosieguo della gara i concorrenti il cui progetto tecnico non avrà conseguito almeno un punteggio di 30/100". L'istante ha precisato che la commissione di gara, dopo aver predisposto la graduatoria provvisoria in base ai punteggi attribuiti alle offerte economiche e tecniche secondo i criteri stabiliti dalla lex specialis (prezzo: punteggio massimo 60/100; elementi qualitativi: punteggio massimo 40/100) è tornata sui suoi passi già in sede di valutazione delle offerte economiche e successivamente escludendo quattro delle cinque ditte in gara. Ha quindi aggiudicato in via provvisoria l'appalto all'ATI KCS Caregiver Cooperativa Sociale/Eporlux S.r.l., quale unica offerente ad aver conseguito un punteggio, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, superiore a 30/100. A seguito, tuttavia, delle rimozioni sollevate dal "Pulitori ed Affini – Fidente S.p.A.", la S.A. ha chiesto lumi a questa Autorità circa la legittimità del proprio operato, pur evidenziando che la soglia di sbarramento è scolpita dal disciplinare in centesimi e non in quarantesimi, di guisa che non sarebbe condivisibile, a suo parere, l'interpretazione auspicata dal citato RTI, secondo cui la soglia andrebbe rapportata al punteggio di 40 previsto per il progetto tecnico, tanto da risultare pari a 12 ($30 \times 100/40 = 12$) invece che a 30. A riscontro dell'istruttoria procedimentale, avviata da questa Autorità in data 15 luglio 2013, è pervenuta memoria da parte del RTI "Pulitori ed Affini – Fidente S.p.A.", con la quale si ribadisce che la soglia di sbarramento deve essere rapportata non alla totalità dei punti previsti per la valutazione di tutti gli elementi dell'offerta, bensì al massimo punteggio attribuibile allo specifico elemento tecnico al quale si riferisce, secondo le disposizioni del Codice dei Contratti pubblici (art. 83, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006) e l'interpretazione giurisprudenziale.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'esame dell'Autorità, verte sulla concreta individuazione della soglia contemplata dalla disciplina di gara ai fini dell'ammissibilità delle offerte tecniche, dovendosi stabilire se essa sia rapportata al totale dei punti previsti per la valutazione di tutti gli elementi dell'offerta (id est in centesimi), ovvero al solo punteggio massimo contemplato per l'offerta tecnica cui la stessa soglia si riferisce (id est in quarantesimi). A tal riguardo la S.A.

valorizza la stessa previsione del disciplinare di gara (art.3) laddove si esprime in centesimi, riferendosi ai 100 punti complessivamente attribuibili alle offerte (comprensivi tanto del punteggio per l'offerta tecnica, che per quella economica).

La questione va risolta alla luce della previsione di cui all'art. 83 del D.L.gs. n. 163/2006, laddove prevede, a proposito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che "Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano 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" Tale previsione, tende a preservare l'affidamento da offerte che, pur convenienti sotto il profilo economico, non siano tecnicamente adeguate e quindi idonee a garantire standard qualitativi minimi tali da precludere la stessa analisi di offerte che non conseguano la soglia minima. Alla norma ha prestato attenzione questa Autorità, con la Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 ("Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture"), par. 4.7, evidenziandone il carattere innovativo e sottolineando che la facoltà di introdurre una clausola di sbarramento deve essere esercitata in sede di predisposizione della *lex specialis* e non *ex post* dalla commissione di gara. Negli stessi termini si è espressa peraltro questa Autorità anche al par. 10.2 della Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 ("Bandi tipo") in ordine alla predisposizione della disciplina di gara.

Non va però trascurata la esatta formula di legge che, nello stabilire che la soglia deve avere carattere "appropriato", introduce un limite, ancorché generico, alla discrezionalità della S.A. insita nella predisposizione dei criteri di ponderazione delle offerte, di talché occorre verificare se, nel caso di specie, tale limite sia stato o meno rispettato.

E' noto che nello stesso criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è insito un diaframma di discrezionalità che non consente di ancorare la scelta dell'offerta "migliore" ad un unico criterio precostituito quale quello del prezzo più basso. La differenza, infatti, che intercorre tra tale criterio e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa è che, mentre in sede di applicazione del primo criterio, l'offerta più bassa diviene automaticamente aggiudicataria, senza necessità di attribuzione di un punteggio, richiedendo soltanto la previa redazione della graduatoria delle offerte, in sede di applicazione del secondo criterio, il punteggio complessivamente previsto per l'elemento prezzo può essere variamente distribuito ed il punteggio attribuito per l'offerta economica viene ad essere sommato con il punteggio attribuito per l'offerta tecnica. In tale esatto contesto si colloca la sintassi della gara indetta dall'Azienda Pubblica di Servizi alla persona "Emanuele Brignole" di Genova, prevedendo il bando il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quindi un punteggio distinto per le offerte tecniche e per quelle economiche, rispettivamente pari, nel massimo, a 40/100 ed a 60/100.

Se è vero che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prevede una valutazione separata dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, è necessario che i criteri che presiedono a tali operazioni siano idonei ad ottenere lo scopo di contemperare la "par condicio" tra i partecipanti e l'interesse dell'Amministrazione alla scelta della migliore offerta. In tale ottica va letto il citato art. 83, comma 2, come insegna la giurisprudenza richiamata dalla controinteressata (Tar Calabria - Catanzaro, Sez. I, sent. 10 novembre 2010, n. 2682), nel senso che la norma, "pur consentendo soglie di ponderazione e relativi punteggi, impone che vi sia un adeguato scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia e, comunque, non autorizza la determinazione di soglie basate su medie calcolate sulle offerte in gara, che possano comportare palesi distorsioni".

Riguardata la norma in siffatti termini, salvifici del necessario confronto concorrenziale tra imprese, si palesa inammissibile la lettura che ne offre la commissione di gara, nel senso di parametrare la soglia con riferimento al punteggio complessivo previsto per l'offerta tecnica ed economica, scontrandosi essa con la precisa formulazione della norma codicistica, laddove impone di ricondurla al "punteggio massimo relativo all'elemento cui si riferisce".

La soglia di sbarramento, secondo i principi anzidetti, va rapportata quindi non al punteggio massimo, espresso in centesimo, relativo a tutti gli elementi di valutazione dell'offerta, compresi quelli economici, bensì ai soli elementi di natura tecnica e racchiusi nel punteggio massimo assegnabile di 40/100. Ad opinare diversamente, come opinato dall'istante, si correrebbe il rischio di produrre effetti indebitamente restrittivi della concorrenza, che la stessa dinamica della procedura ha confermato essendo risultate al di sotto della soglia configurata dal disciplinare le offerte di ben quattro delle cinque ditte partecipanti alla gara. Non sarebbe infatti per tal via in alcun modo integrato il necessario carattere dell'appropriatezza, come normativamente imposto, risultando il valore della soglia pari al 75% del punteggio massimo conseguibile per l'offerta tecnica, quindi ben al di sopra di quel 50 % che in giurisprudenza è stato ritenuto tale da escludere la violazione del limite, sia pur generico, imposto dal più volte citato art. 83, comma 2. In tal senso l'orientamento giurisprudenziale segnalato dalla S.A. nella sua memoria, riferendosi a soglie di sbarramento di grandezza numerica ben inferiore a quella descritta nella normativa della gara in esame e segnatamente pari al punteggio, "per la qualità", di 21/40 (C. Stato, Sez. V, sent. 3 marzo 2004, n. 1040) e, per l'offerta tecnica, di 36/75 (Tar Lombardia – Milano, Sez. I, sent. 18 novembre 2011, n. 2802), quindi pari, all'incirca, al 50 % del punteggio massimo previsto per l'elemento cui le soglie ineriscono. Va peraltro osservato che la prima di tali pronunce è antecedente all'intervento del codice dei contratti pubblici che, come detto, nel disciplinare per la prima volta le modalità di introduzione di una clausola di sbarramento nei documenti di gara, stabilisce che essa deve essere appropriata, così introducendo un limite invalicabile alla discrezionalità della S.A.

La esatta formulazione della previsione di gara, tuttavia, non consente di accedere ad una lettura della stessa che abiliti l'interprete a ritenere che la soglia di sbarramento sia pari a 12/40 in luogo dei 30/100 previsti dal disciplinare, in quanto ciò darebbe la stura ad una interpretazione correttiva in aperto contrasto con il tenore stesso della previsione, laddove si utilizza una formula matematica espressa in centesimi invece che in quarantesimi.

Non resta quindi che percorrere, in accoglimento di quanto prospettato dalla stessa controinteressata nelle sue deduzioni rese in via subordinata, la seconda alternativa interpretativa astrattamente praticabile e che fa leva sulla sanzione di nullità che grava sulla clausola di sbarramento ove questa non sia conforme ai principi concorrenziali sanciti dalla normativa generale.

Questa Autorità ha difatti incluso, con la Determinazione n. 4/2012, siffatta clausola tra quelle sottoposte a sanzione di nullità ai sensi dell'art. 46 bis del d.lgs. n. 163/2006 essendo la sua applicazione destinata a provocare l'automatica esclusione delle offerte poste al di sotto della soglia di sbarramento. Ed il fatto che l'ordinamento abbia riservato a tali previsioni la più grave sanzione della nullità ha ben precise conseguenze sul piano operativo. Questa Autorità ha infatti osservato che "Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale". Nei medesimi termini si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, osservando che "Con la disposizione di cui all'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. n. 163 del 2006 il legislatore ha inteso rimettere alla sola fonte normativa la competenza a individuare cause di non ammissione a procedure di gara, residuando in capo alle stazioni appaltanti, un'attività di stretta interpretazione di siffatte ipotesi, o comunque di mera ricognizione delle medesime; di tanto vi è conferma proprio nell'ultima parte della disposizione citata che vieta espressamente l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte della "lex specialis", tale evenienza essendo stata sanzionata con la nullità radicale, tale cioè da non esigere nemmeno un'espressa impugnazione, come risulta dal ricorso all'espressione "comunque". La sanzione della nullità dettata dalla norma, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente

inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale” (cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. II, sent. 19 febbraio 2013, n. 1828).

Ne consegue che la previsione del disciplinare che introduce la soglia di sbarramento in dispregio dei criteri che presiedono all’esercizio della discrezionalità, che compete alla S.A. in sede di ponderazione delle offerte, è esposta alla sanzione di nullità ed è pertanto disapplicabile *recta via* ad opera dello stesso seggio di gara. Le offerte delle ditte che sono risultate al di sotto di detta soglia vanno pertanto ammesse al prosieguo della selezione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’esclusione del RTI “Pulitori ed Affini – Fidente S.p.A.” non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 febbraio 2014

Il Segretario Maria Esposito