

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: necessario individuare parametri di calcolo precisi

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 4-9-2017

1. La ratio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa risiede in un complesso e meditato bilanciamento tra l'aspetto tecnico e quello economico delle diverse soluzioni prospettate dagli offerenti.

2. La predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte – ai quali la stessa stazione appaltante si autovincola, nel momento in cui li rende pubblici – è notoriamente finalizzata ad assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ed in tanto risulta funzionale allo scopo, in quanto gli stessi risultino sufficientemente precisi ed univoci.

3. Una volta optato per un determinato sistema (quale l'offerta economicamente più vantaggiosa) il quale riconosce adeguato rilievo alla componente-prezzo nell'ambito della dinamica complessiva dell'offerta, è poi illegittimo l'operato dell'amministrazione la quale fissi regole di gara tali da annullare il rilievo dell'offerta economica nell'economia complessiva dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione.

(3): Conforme: Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978; Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2795.

Guida alla lettura

Con la decisione in commento, il Consiglio di Stato esamina l'appello promosso avverso la sentenza del Tar Toscana, con la quale il giudice di prime cure, a sua volta, respingeva il ricorso presentato dalla seconda classificata in una gara indetta da Enac per l'affidamento, in concessione ventennale, della gestione dell'aeroporto di Siena – Ampugnano, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare, la ricorrente lamentava l'illegittimità del disciplinare di gara, che contraddirebbe con il criterio prescelto dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella parte in cui, parametrando la complessiva attribuzione dei punteggi sulla sola qualità dell'offerta tecnica, finirebbe per svilire del tutto l'ulteriore criterio da prendersi comunque in considerazione, ossia quello del prezzo offerto.

Tracciato in breve il quadro della vicenda, occorre rilevare che il Consesso, analizzando il motivo di gravame relativo alla totale mancanza del criterio economico di valutazione dell'offerta violava, ritiene il medesimo fondato.

In accordo con quanto osservato dall'appellante, infatti, i giudici di secondo grado affermano

che la mancata considerazione, nel disciplinare di gara, dell'aspetto economico dell'offerta entrerebbe in contrasto con la *ratio* stessa del criterio dell'offerta *economicamente* più vantaggiosa, data da un complesso e meditato bilanciamento tra l'aspetto tecnico e quello economico delle diverse soluzioni prospettate dagli offerenti. Osserva, al riguardo, il Collegio che, nel caso di specie, nella *lex specialis* di gara non è contemplato alcun criterio, certo e predeterminato, attributivo di un qualche punteggio per l'offerta economica.

In proposito, è necessario mettere in evidenza che “la predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte – ai quali la stessa stazione appaltante si autovincola, nel momento in cui li rende pubblici – è notoriamente finalizzata ad assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ed in tanto risulta funzionale allo scopo, in quanto gli stessi risultino sufficientemente precisi ed univoci; per contro, nel caso di specie, pure alla luce delle considerazioni riportate in sentenza non è dato individuare un qualche oggettivo criterio di attribuzione dei punteggi per la valutazione comparativa anche dell'offerta economica.”

Alla luce delle pregresse considerazioni, la Sezione ritiene, dunque, di poter fare applicazione di quanto stabilito in una precedente decisione (Cons. Stato, V, 18 febbraio 2013, n. 978), con la quale è stato stabilito che: **“una volta optato per un determinato sistema (quale l'offerta economicamente più vantaggiosa) il quale riconosce adeguato rilievo alla componente-prezzo nell'ambito della dinamica complessiva dell'offerta, è poi illegittimo l'operato dell'amministrazione la quale fissi regole di gara tali da annullare il rilievo dell'offerta economica nell'economia complessiva dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione”**.

Con la pronuncia annotata, dunque, il Consiglio di Stato, oltre a mettere in rilievo la necessità di individuare parametri certi e determinati per la valutazione economica delle offerte, ritiene opportuno che vi sia sempre, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, un bilanciato equilibrio tra l'aspetto economico e l'aspetto tecnico delle offerte stesse.

Tanto osservato, è utile rilevare che, nel nuovo Codice dei contratti, la norma di riferimento per i criteri di aggiudicazione delle offerte è rappresentata dall'art. 95. In virtù di tale disposizione, i criteri sono, come avveniva nel vecchio Codice (D. lgs. n. 163/2006), quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo. Ciò che muta sono le modalità operative di medesimi, in quanto la regola è oggi rappresentata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre, invece, quello del minor prezzo può essere applicato in alcune ipotesi individuate dal comma 4 dello stesso art. 95. Non è, quindi, più previsto il potere discrezionale della stazione appaltante nell'applicazione dei criteri di aggiudicazione.

Occorre, infine, precisare che l'art. 95, comma 2, individua due sub-criteri rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa: il miglior rapporto qualità-prezzo e l'elemento prezzo o costo, facendo riferimento al costo del ciclo di vita (v. art. 96).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7669 del 2016, proposto da:
Delta Aerotaxi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Cristiana Spagnolo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del
Rinascimento, 19;

contro

ENAC - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici
è elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Sky Service s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Bruno De Maria, con domicilio eletto presso lo studio legale Gennaro Terracciano
in Roma, piazza San Bernardo, 101;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE I n. 01305/2016, resa tra le parti,
concernente affidamento in concessione ventennale della gestione dell'aeroporto di Siena

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ENAC - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e di
Sky Service s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Spagnolo e De Maria, nonché dell'avvocato dello Stato Di Leo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che, con bando pubblicato il 9 gennaio 2015, l'ENAC aveva indetto una procedura selettiva per l'affidamento, in concessione ventennale, della gestione dell'aeroporto di Siena - Ampugnano, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara, cui partecipavano due sole ditte, Delta Aerotaxi s.r.l. e Sky Services s.p.a., veniva aggiudicata a quest'ultima con il punteggio complessivo di 93,8/100, contro i 79,65/100 punti dell'odierna appellante, seconda classificata.

Delta Aerotaxi ricorreva quindi al Tribunale amministrativo della Toscana, chiedendo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sulla base di quattro asseriti vizi di legittimità:

erronea ammissione alla gara di un'offerta depositata non in formato cartaceo bensì salvata su supporto informatico (nella specie un CD-rom), senza però l'apposizione di una firma digitale;

illogicità ed incongruenze nell'assegnazione dei punteggi all'offerta dell'impresa concorrente;

illegittimità del disciplinare di gara, che contraddirebbe al criterio prescelto dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella parte in cui, parametrando la complessiva attribuzione dei punteggi sulla sola qualità dell'offerta tecnica, finirebbe per svilire del tutto l'ulteriore criterio da prendersi comunque in considerazione, ossia quello del prezzo offerto;

violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006, per non aver l'amministrazione imposto dei requisiti di capacità tecnica ai sensi dell'art. 5 del regolamento ENAC, laddove la legge di gara si sarebbe invece limitata a prevedere, in modo generico, che i concorrenti svolgessero, quale oggetto principale della propria attività statutaria, attività di gestione, manutenzione ed uso di infrastrutture per l'esercizio dell'attività aeroportuale;

Sia ENAC che Sky Services si costituivano in giudizio, chiedendo la reiezione del gravame, siccome infondato.

Nella camera di consiglio del 13 gennaio 2016 il giudice adito respingeva la domanda cautelare formulata con l'atto introduttivo del giudizio.

Con successiva sentenza 1° agosto 2016, n. 1305, il Tribunale amministrativo della Toscana respingeva infine il ricorso, giudicandolo infondato.

Avverso tale decisione la Delta Aerotaxi s.r.l. interponeva appello, strutturato in due articolati motivi di gravame:

Violazione degli artt. 74, 77 e 46 comma 1 bis del dlgs n. 163/2006. Omessa esclusione dell'aggiudicatario per aver presentato l'offerta tecnica soltanto su supporto elettronico (compact disk) priva di firma digitale;

Illegittimità della legge di gara nella parte in cui consente che l'individuazione dell'aggiudicatario avvenga esclusivamente sulla base dell'offerta tecnica. Eccesso i potere per intrinseca contraddittorietà e violazione dell'autolimitazione sovraordinata normativa regolamentare e dalla stessa legge di gara. Violazione degli artt. 81-83 del Codice degli appalti, dei principi in materia di selezione della miglior offerta, nonché del principio che, nell'affidamento dei beni demaniali, impone il miglior impiego delle risorse pubbliche disponibili. Violazione dell'art. 97 Cost., e art. 1 della legge n. 241/1990.

Si costituivano in giudizio sia l'ENAC che la controinteressata Sky Service s.p.a., eccependo entrambe l'infondatezza del gravame.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano, con apposite memorie, le proprie tesi difensive, ed all'udienza del 15 giugno 2017, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la società Delta Aerotaxi contesta, innanzitutto, che l'aggiudicataria non avrebbe prodotto la propria offerta in originale cartaceo, ma solamente in formato elettronico (nella specie, depositando un supporto cd-rom all'interno del quale sarebbe stata archiviata una scansione digitale del suddetto documento cartaceo). A tale prima violazione della legge di gara dovrebbe poi aggiungersi un ulteriore profilo di illegittimità, dato dalla mancata sottoscrizione della documentazione così prodotta con firma digitale, in evidente violazione dall'art. 74 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*), nel combinato disposto con il successivo art. 77 comma 6 lett. b).

Il primo rilievo non appare fondato: invero, l'art. 7.1.2 del *Disciplinare di gara* (richiamato dalla stessa società appellante), seppur con formula di non perfetta formulazione, espressamente imponeva alle parti di provvedere al deposito delle offerte di gara in modo tale che "... *ciascun documento dovrà essere redatto e reso su supporto informatizzato (comprese le eventuali immagini e grafici) e dovrà essere completo di indice ...*".

Per contro, nessuna disposizione della *lex specialis* prevedeva l'obbligo di depositare la medesima documentazione in formato cartaceo (sia esso in originale o in copia), così come neppure – per rispondere ad un preciso rilievo dell'appellante – era stata attribuita ai concorrenti un'implicita facoltà di depositare, alternativamente, la documentazione in formato

cartaceo o digitalizzato, la *lex* di gara imponendo esclusivamente quest'ultima opzione.

Dunque, stando alla lettera del *Disciplinare*, l'unica modalità idonea era proprio quella del deposito su formato elettronico: pertanto, se anche non era stata formalmente vietata l'eventuale produzione cartacea, in aggiunta alla precedente, la stessa non poteva, per contro, considerarsi alternativa alla prima.

Ad avviso dell'appellante – che aveva depositato sia la copia cartacea dei documenti di gara, sia un supporto informatico sul quale gli stessi erano stati salvati in formato digitale – la necessità della produzione in originale discenderebbe, per deduzione logica, dal fatto stesso che quella in esame non era una gara telematica.

Dunque, la richiamata disposizione del *Disciplinare* non avrebbe altro fine che di imporre un ulteriore adempimento all'offerente, dettato da “*mere esigenze di semplicità ... per favorire l'esame da parte della Commissione Giudicatrice*”.

La tesi, come già detto, non è convincente: da un lato, infatti, tale adempimento, così come “ricostruito” dall'appellante, proprio poiché meramente aggiuntivo e non indispensabile, si porrebbe innanzitutto in contraddizione con il generale principio di non aggravio del procedimento di affidamento; dall'altro, non risulta compatibile con la chiara lettera del *Disciplinare* di gara, che – se anche non vieta il deposito dei documenti di gara in formato cartaceo – di sicuro però impone quello in formato elettronico, senza aggiungere ulteriori precisazioni al riguardo.

Deve pertanto ritenersi, in aderenza al tenore testuale della *lex specialis* di gara, che correttamente Sky Service s.p.a. aveva provveduto al deposito della documentazione di cui trattasi in formato elettronico, non essendo peraltro tenuta, in aggiunta, ad un ulteriore deposito “tradizionale”, non essendo questo richiesto, neppure implicitamente, dalle previsioni del bando di gara o del *Disciplinare*.

Neppure appare fondato l'ulteriore, correlato profilo di illegittimità, relativo alla mancata sottoscrizione con firma elettronica.

Da un lato, infatti, non è corretto sostenere che i documenti salvati su CD-rom fossero privi di sottoscrizione, la stessa risultando sull'originale cartaceo e, quindi, sul corrispondente file immagine generato dalla scannerizzazione di quest'ultimo: corrispondenza che avrebbe al più dovuto essere oggetto di formale disconoscimento processuale, che però non risulta dagli atti di causa.

Neppure risulta essere stata dimostrata – ad opera dell'appellante, cui incombeva il relativo onere, secondo le regole generali – la non conformità della suddetta copia informatica con le regole tecniche di cui al d.p.c.m. 13 novembre 2014 (*Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni*).

Il primo motivo di appello va quindi respinto.

Appare invece fondato, con le precisazioni di seguito esposte, il secondo motivo di gravame.

Con esso l'appellante sostanzialmente lamenta che *“la totale mancanza del criterio economico di valutazione dell’offerta violava, non solo la lex specialis che aveva previsto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche l’art. 81 del Codice degli appalti”*: invero, ad avviso di Delta Aerotaxi, la mancata considerazione, da parte del disciplinare di gara, dell’aspetto economico dell’offerta – limitandosi la stazione appaltante ad attribuire i punteggi sulla base delle sole caratteristiche tecniche dell’offerta, contraddirebbe la *ratio* stessa del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, data da un complesso e meditato bilanciamento tra l’aspetto tecnico e quello economico delle diverse soluzioni prospettate dagli offerenti (bilanciamento che però, in quanto tale, necessariamente presuppone l’esistenza di specifici parametri di valutazione per l’una e per l’altra componente, e non solo per una di esse).

Sempre l'appellante rileva poi che la considerazione, da parte del *Disciplinare* di gara, dei soli requisiti tecnici dell’offerta contrasterebbe con il Regolamento ENAC del 18 novembre 2014, relativo ad *“Affidamento Aeroporti Demaniali per l’Aviazione Generale”*, il cui art. 14 prevede che il canone annuo che il concessionario è tenuto a corrispondere è composto da una parte fissa (definita testualmente *“importo minimo”*) e da una variabile, pari al 10% dei ricavi aeronautici: il che darebbe implicitamente atto della possibilità, per l’offerente, di aumentare, nella propria offerta economica, l’importo relativo a tale parte fissa, con conseguente maggior guadagno per l’Amministrazione. Tale eventualità, però, nel caso di specie verrebbe in concreto frustrata, in assenza di un qualsiasi criterio di valutazione della parte economica dell’offerta, ai fini dell’attribuzione del punteggio finale.

Va innanzitutto dato atto che, effettivamente, il *Disciplinare* di gara non sembra prevedere l’attribuzione di punteggi specifici per la parte economica dell’offerta: il p.to 5 di quest’ultimo, rubricato *“Procedura e criteri di aggiudicazione”*, dopo aver dato atto che l’aggiudicazione sarebbe avvenuta seguendo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, precisava che *“la concessione sarà aggiudicata a favore del concorrente ammesso che avrà presentato la miglior offerta individuata in base agli elementi tecnici di valutazione di seguito indicati”*.

La sentenza impugnata ha ritenuto di poter superare l’analoga contestazione formulata nel precedente grado di giudizio, rilevando che *“Il regolamento prevede, inoltre, che gli affidatari debbano assicurare una gestione improntata a criteri di efficienza, efficacia ed economicità, e una sostenibilità economica adeguata a garantire l’operatività in sicurezza dell’aeroporto, nonché la valorizzazione degli immobili insistenti sul sedime aeroportuale”*. A tal pro, la variabile economica sarebbe stata implicitamente considerata dall’Amministrazione nel momento in cui *“la componente variabile del canone [...] è strutturalmente dipendente dal successo della complessiva strategia di gestione dell’aeroporto e dalla sostenibilità del piano economico-finanziario presentato dagli aspiranti concessionari”*.

L’argomento non appare però decisivo, laddove si consideri che, in concreto, nella *lex specialis* di gara non è dato individuare alcun criterio – certo e predeterminato – attributivo di

un qualche punteggio per l'offerta economica.

La predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte – ai quali la stessa stazione appaltante si autovincola, nel momento in cui li rende pubblici – è notoriamente finalizzata ad assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ed in tanto risulta funzionale allo scopo, in quanto gli stessi risultino sufficientemente precisi ed univoci; per contro, nel caso di specie, pure alla luce delle considerazioni riportate in sentenza non è dato individuare un qualche oggettivo criterio di attribuzione dei punteggi per la valutazione comparativa anche dell'offerta economica.

Secondo il primo giudice, poiché il concessionario deve corrispondere all'Amministrazione un canone periodico comprensivo del 10% dei cd. ricavi aeronautici, l'economicità dell'offerta *“viene comunque ad essere presente nel giudizio della commissione, chiamata a valutare la bontà del complessivo progetto di gestione dello scalo e, nell'ambito di tale progetto, la capacità della proposta di generare quella quota di ricavi aeronautici che concorre all'importo del canone concessorio”*.

Tale argomento non appare pertinente, poiché una cosa è dire che l'ente aggiudicatore deve altresì tener conto della sostenibilità economica dell'offerta (principio, del resto, di carattere generale), un'altra predisporre (ed applicare, nel caso di specie) degli astratti criteri valutativi verificabili *ex ante* da ciascuno dei partecipanti alla procedura. Quanto sopra senza poi neppure considerare che i ricavi aeronautici costituiscono solo una parte dei proventi che il concessionario può trarre dal bene.

Anche alla luce della non chiara formulazione della legge di gara, ritiene il Collegio che debba trovare applicazione, nel caso di specie, il precedente di cui a Cons. Stato, V, 18 febbraio 2013, n. 978, a mente del quale *“una volta optato per un determinato sistema (quale l'offerta economicamente più vantaggiosa) il quale riconosce adeguato rilievo alla componente-prezzo nell'ambito della dinamica complessiva dell'offerta, è poi illegittimo l'operato dell'amministrazione la quale fissi regole di gara tali da annullare il rilievo dell'offerta economica nell'economia complessiva dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione”*.

Il medesimo principio era già stato espresso in precedenza, *ex multis*, da Cons. Stato, VI, 11 maggio 2011, n. 2795, laddove l'effetto pratico *“di annullare del tutto il rilievo dell'elemento-prezzo”*, a fronte di una preventiva opzione per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era stato qualificato a tutti gli effetti *“abnorme”*.

Alla luce di quanto precede, l'appello va dunque accolto. La particolarità delle questioni trattate giustifica peraltro, nel caso di specie, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, conseguentemente annullando, in riforma della gravata sentenza, i provvedimenti originariamente impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere