

Scomposizione in sottopunteggi dell'offerta economica

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 19-1-2017

1. Il criterio di valutazione dell'offerta economica articolato sulla base di sottopunteggi non correlati all'entità economica della parte di appalto cui sono collegati è illegittimo, producendo effetti che violano il principio della *par condicio* tra concorrenti.

Guida alla lettura

Questa sentenza esamina un appalto per la manutenzione, ristrutturazione e riqualificazione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica dell'ente pubblico gestore con fornitura dei servizi connessi nel cui ambito la stazione appaltante ha scomposto in tre voci il punteggio da assegnarsi all'offerta economica – 25 punti sui 100 complessivi -, attribuendo 12 punti per i lavori (che, si legge nella pronuncia, corrispondono a più del 90% dell'importo totale dell'appalto), 8 punti per i servizi relativi alla gestione tecnica (pari circa al 5%) e 5 punti per i servizi di progettazione (circa l'1% del totale).

Il concorrente classificatosi per secondo impugna l'aggiudicazione, avendo il primo offerto per i servizi relativi alla gestione tecnica un prezzo pari all'1% della base d'asta, conseguendo, così, un vantaggio in termini di punteggio rivelatosi decisivo; oltre a lamentare, sotto diversi profili, l'insostenibilità del prezzo offerto dall'aggiudicatario per questa voce, viene censurata, in via subordinata, l'illogica tripartizione dell'offerta economica in sottopunteggi, che si assume non essere stati parametrati alla rilevanza economica delle relative voci dell'appalto.

Ed è la decisione su quest'ultimo aspetto che rappresenta la parte più interessante della pronuncia, laddove il Tribunale sottolinea come un'offerta economica articolata sulla base di sottopunteggi, per l'appunto, non correlati all'entità economica della parte di appalto cui sono collegati produca effetti che violano il principio della *par condicio* tra concorrenti, dato che, così operando, si rischia di non accertare l'effettiva maggiore convenienza per la stazione appaltante e premiare un'offerta, nel suo complesso, più onerosa. Tale affermazione, tuttavia, non si traduce nell'accoglimento del ricorso, dato che il Tribunale, verificata la diversa attribuzione dei punteggi effettuata sostituendo alla tripartizione prevista dal bando una valutazione unitaria dell'offerta economica, accerta che l'esito finale non sarebbe mutato, deducendo il difetto d'interesse del ricorrente.

L'illegittimità "virtuale" del criterio di attribuzione del punteggio per la valutazione dell'offerta economica prescelto nella fattispecie rappresenta, comunque, un importante *caveat* per l'ente

resistente - e, più in generale, per le stazioni appaltanti - in vista delle prossime procedure e giustifica, quindi, il percorso decisionale seguito in questo caso dal TAR.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 686 del 2016, proposto da:

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" S.C.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Clarizia, Pier Paolo Nocito, Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio Giuditta Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;

contro

Acer - Azienda Casa Emilia Romagna Provincia di Ravenna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Elisa Valeriani, con domicilio eletto presso lo studio Alessandro Lolli in Bologna, via G.Vaccaro 6;

nei confronti di

Consorzio Integra Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Dugato, Maria Gaia Cavallari, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Bologna, via della Zecca 1;

per l'annullamento

- del provvedimento di ACER di estremi non conosciuti, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di Integra;
- della nota prot. n. 9118 del 12 agosto 2016, con la quale ACER ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva;
- di tutti gli atti e i provvedimenti di ACER e della Commissione giudicatrice laddove hanno omesso di escludere l'offerta di Integra;
- dei verbali delle sedute della Commissione giudicatrice del 25.7.2016 e del 22.7.2016;

- di tutti gli atti della gara, ivi inclusi il bando, il disciplinare e il capitolato di appalto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acer - Azienda Casa Emilia Romagna Provincia di Ravenna e di Consorzio Integra Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2016 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori Paolo Clarizia, Alessandro Lolli e Marco Dugato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Consorzio ricorrente ha partecipato alla gara promossa dall'azienda resistente per appaltare le opere di manutenzione, ristrutturazione e riqualificazione del patrimonio immobiliare gestito da ACER Ravenna oltre alla fornitura di servizi connessi con tali attività.

Il bando in relazione all'offerta economica prevedeva una valutazione distinta per tre tipi di costi ad ognuno dei quali era attribuito un punteggio massimo.

In particolare erano previsti 12 punti per i lavori che corrispondevano a più del 90% dell'importo totale dell'appalto, 8 punti per i servizi relativi alla gestione tecnica pari circa al 5% e 5 punti per i servizi di progettazione pari circa 1% del totale. Pertanto le offerte economiche dovevano essere presentate separatamente. Il consorzio controinteressato, per i servizi relativi alla gestione tecnica, offriva un prezzo talmente basso da risultare pari all'1% della base d'asta.

Questo enorme ribasso, secondo il consorzio ricorrente, ha consentito al controinteressato di avere un vantaggio in termini di punti tale da risultare aggiudicatario.

La Commissione giudicatrice aveva avviato il procedimento di verifica di cui all'art. 88 D.lgs. 163/2006, ma all'esito delle giustificazioni presentate dal Consorzio Integra aveva aggiudicato la gara.

Il Consorzio ricorrente presentava, pertanto, un ricorso articolato su cinque motivi.

Il primo contesta l'ammissibilità di un'offerta economica che ha ribassato del 99% la base d'asta offrendo un prezzo assolutamente insufficiente per fornire il servizio richiesto; essa doveva essere esclusa ex art. 46, comma 1 bis, D.lgs. 163/2006: se un corrispettivo non è

congruo l'offerta manca di un elemento essenziale.

Per altro un prezzo assolutamente irragionevole, in caso di valutazione frazionata dell'offerta economica, distorce la *par condicio* dei concorrenti in quanto colui che fa un'offerta ragionevole per coprire i costi del servizio offerto e conservare un margine di utile apprezzabile è destinato ad ottenere un punteggio irrisorio.

Il secondo motivo eccepisce che l'offerta del controinteressato andava esclusa ai sensi dell'art. 16.5 del disciplinare di gara perché, indicare un prezzo meramente simbolico, è come non offrire alcun prezzo. Un richiamo in tal senso era fornito anche dall'art. 10.2 del disciplinare che richiedeva che i concorrenti offrissero ribassi coerenti con il valore dei servizi.

Il terzo motivo poneva l'attenzione sul fatto che l'offerta anomala aveva prodotto un effetto distorsivo sulla formula matematica utilizzata per l'attribuzione dei punteggi e quindi risultava costituire violazione degli artt. 2, 46, comma 1 bis, 83 D.lgs. 163/2006 oltre che della *lex specialis*.

Infatti in relazione agli otto punti previsti per i servizi di gestione tecnica, l'abnorme offerta accettata dalla Commissione aggiudicatrice aveva comportato l'attribuzione del pieno punteggio al controinteressato e di un punteggio infinitesimale agli altri concorrenti; in particolare il ricorrente ha conseguito il punteggio di 0,189 a fronte di un'offerta che aveva ribassato del 57% la base d'asta. L'effetto distorsivo che si è verificato ha comportato la paradossale conclusione che l'offerta economica complessivamente più onerosa ha ottenuto il più alto punteggio complessivo quanto all'offerta economica.

Il quarto motivo illustra dettagliatamente per quale ragione il prezzo offerto per i servizi tecnici è assolutamente irragionevole attraverso l'analisi dei costi che l'impresa deve sostenere per garantire i servizi tecnici come da capitolato.

Il quinto motivo viene illustrato in subordine laddove il Collegio non dovesse concordare con la tesi del ricorrente circa la necessità di escludere l'offerta del consorzio aggiudicatario.

La contestazione sul punto riguarda l'illogicità della previsione del bando relativamente alla tripartizione dell'offerta economica: nella valutazione complessiva dell'appalto, all'offerta economica era stato attribuito un peso di 1/3 rispetto all'offerta tecnica. L'anomalo spezzettamento dei 25 punti in tre sottopunteggi, non parametrati alla rilevanza economica della parte dell'appalto cui erano collegati, ha determinato uno svilimento della finalità di risparmio che si vuole conseguire attraverso il punteggio legato all'offerta economica.

Infatti il maggior punteggio è stato attribuito al concorrente che aveva presentato l'offerta complessivamente più onerosa come già dimostrato nell'illustrazione dei precedenti motivi di ricorso.

Si costituivano in giudizio Acer - Azienda Casa Emilia Romagna Provincia di Ravenna e il Consorzio Integra Società Cooperativa che concludevano per il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 5.10.2016 il Consorzio ricorrente rinunciava all'istanza cautelare in vista della fissazione di un'udienza di merito per il 21.12.2016.

La prima questione da affrontare consiste nel verificare se le caratteristiche dell'offerta economica relativi ai servizi di gestione presentata dal Consorzio Integra, avrebbero dovuto comportare l'esclusione dell'aggiudicatario.

Innanzitutto va sgombrato il campo da quanto affermato nel secondo motivo di ricorso circa il fatto che l'offerta contestata sia in contrasto con i contenuti del bando di gara; infatti, sia all'art. 16.5 che all'art. 10.2, non vi è nessuna espressione che renda illegittimo il ribasso in discussione.

Non si può concordare con l'impostazione del ricorso laddove ritiene che l'offerta dell'aggiudicatario presenti una violazione dell'art. 46, comma 1 bis, D.lgs. 163/2006 per mancanza di un elemento essenziale quale il prezzo. Nel caso di specie, il prezzo dell'appalto era costituito da un'offerta complessiva, anche se valutata ai fini del punteggio in modo frazionato, e ciò esclude che vi sia la carenza di un elemento essenziale.

Secondo un orientamento ormai consolidatosi in giurisprudenza, la congruità economica di un'offerta va valutata complessivamente in particolare verificando che essa consenta un ritorno economico per chi la propone; in alcuni casi è stato affermato che anche un'offerta che presentava un margine di utile trascurabile, non doveva essere esclusa perché vi poteva essere una ragione di convenienza non legata all'utile immediato da conseguire con quell'appalto, ad esempio l'implementazione di un curriculum.

Sotto questo profilo i primi quattro motivi di ricorso non sono meritevoli di accoglimento e si può comprendere perché la Commissione di gara abbia concluso in senso favorevole all'aggiudicatario il procedimento di verifica dell'offerta anomala.

Il ricorso sarebbe, però, fondato in relazione al quinto motivo di ricorso e cioè all'irragionevolezza di un bando che ha strutturato la valutazione dell'offerta economica nel modo sopra descritto.

Preliminarmente va respinta l'eccezione formulata dall'ACER su tale motivo sostenendo che esso è inammissibile perché il bando di gara avrebbe dovuto essere impugnato tempestivamente.

Nelle gare d'appalto, a richiedere una immediata impugnazione a pena di inammissibilità del ricorso sono solo le clausole di bando che stabiliscono requisiti e condizioni tali da impedire alla ditta interessata la partecipazione stessa alla gara (clausole immediatamente escludenti), non quelle che, contenendo altre previsioni non ostanti alla presentazione dell'offerta, non producono effetti immediatamente lesivi per l'impresa partecipante.

La configurazione della valutazione dell'offerta economica indicata dal bando non era immediatamente lesiva dell'interesse legittimo del ricorrente, ma si è dimostrata tale solo all'esito concreto della gara.

Nel merito non può negarsi che un'offerta economica articolata sulla base di sottopunteggi non correlati all'entità economica della parte di appalto cui sono collegati, produca effetti che violano il principio della par condicio tra concorrenti e che determinano l'effetto paradossale di far maturare un punteggio più alto ad un'offerta complessivamente più onerosa per l'amministrazione.

Né può affermarsi che l'importanza di una parte dell'appalto non può commisurarsi sul costo ipotizzato giustificando quindi la non proporzionalità dei punteggi previsti con la percentuale di costo rispetto al totale: tale logica è condivisibile quando si tratta di valutare un'offerta tecnica cosicché ben potrebbe essere giustificato dare punteggi elevati per i servizi tecnici perché l'amministrazione attribuisce particolare importanza ad un'offerta qualitativamente elevata in quel campo.

Ma una volta attribuiti i punteggi per l'offerta tecnica, residua un quarto di punteggio (25 su 100 totali) che deve solo valutare la maggior convenienza economica dell'offerta; il concorrente che ha proposto il prezzo complessivamente più basso otterrà il punteggio più alto e gli altri secondo la percentuale di distanza da questo.

Il ribasso del 99% per i servizi tecnici, come quello indicato dal controinteressato, non è irrazionale perché inserito in un'offerta complessiva dove residua comunque un margine di utile: genera però degli effetti irrazionali quando è collegato ad un parametro che consente di ottenere un punteggio pari a circa 1/3 dell'intero punteggio previsto per l'offerta economica pur rappresentando solo il 5% del valore dell'appalto.

L'accoglimento del quinto motivo dovrebbe pertanto comportare l'annullamento dell'aggiudicazione, ma questo non può essere l'esito del ricorso perché esso deve essere considerato inammissibile per difetto di interesse in concreto.

Il Collegio ha provato a verificare se, utilizzando il criterio di valutazione delle offerte economiche contenuto nel bando ed eliminando la ripartizione dell'offerta economica in tre distinte offerte cioè con una valutazione unitaria, il consorzio ricorrente si sarebbe aggiudicato la gara.

L'esito di questa verifica può essere così riassunto: i punteggi dell'offerta economica sarebbero stati

25 per il ricorrente e 18,53 per il controinteressato; sommando tali punteggi a quelli ottenuti per l'offerta tecnica si ottiene: 72,83 per il ricorrente e 75,15 per il controinteressato.

I punteggi dell'offerta economica sono stati determinati sulla base del più alto ribasso complessivo operato dal ricorrente che gli ha consentito di ottenere il punteggio massimo pari al 100% e dalla differenza in percentuale dell'offerta del controinteressato pari al 74,13% che vale appunto 18,53 punti.

In conclusione, anche se l'offerta economica dei concorrenti fosse stata valutata unitariamente come sarebbe stato più ragionevole, l'esito della gara non sarebbe stato

diverso; avendo la prova di resistenza fornito un risultato negativo per il ricorrente, il ricorso è inammissibile per difetto di interesse.

Il Collegio non ha ritenuto di evidenziare subito tale causa di inammissibilità evitando di esaminare nel merito il ricorso, non solo perché prima era necessario verificare se l'offerta parziale economica con ribasso del 99% comportasse l'esclusione del controinteressato, ma anche per fornire un'indicazione all'amministrazione circa l'illegittimità del modo di costruire la valutazione dell'offerta economica presente nel bando.

L'amministrazione ovviamente rimane libera di fare le sue valutazioni dal momento che la rilevata illegittimità non ha avuto conseguenze concrete, ma è opportuno che tenga presente la valutazione del TAR dal momento che questo tipo di bandi sono periodici.

In considerazione dell'esito del giudizio come sopra documentato è equo disporre la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore