

## **Parere n. 137 del 19/11/2009**

**Protocollo** PREC 43/09/S

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Università degli Studi di Catania – Affidamento triennale del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei – Importo a base d'asta euro 2.772.000,00 – S.A.: Università degli Studi di Catania

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 10 febbraio 2009 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Università degli Studi di Catania ha sottoposto due questioni controverse insorte in fase di gara, entrambe sollevate dall'impresa concorrente Day Ristoservice S.p.A..

La prima questione problematica concerne la compatibilità dei criteri di valutazione dell'offerta, stabiliti al punto e) "*Progetto tecnico*" dell'art. 13 del Capitolato Speciale d'Appalto per l'attribuzione dei previsti 20 punti, rispetto alle modifiche apportate al D.Lgs. n. 163/2006 dal D.Lgs. n. 152/2008 (c.d. Terzo Decreto correttivo), che ha abrogato l'ultimo periodo del comma 4) dell'art. 83 del citato D.Lgs. n. 163/2006, rendendo necessaria la predeterminazione di tutti i criteri di valutazione dell'offerta sin dal bando di gara.

La seconda questione sottoposta, di analogo tenore, riguarda la genericità del criterio di cui al punto c) "Termini di pagamento agli esercizi convenzionati" del summenzionato art. 13, che prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti all'impresa che si impegna a pagare agli esercizi convenzionati i corrispettivi delle fatture in un qualunque termine inferiore ai 45 gg. previsti normativamente, senza alcuna previsione di una valutazione differenziata della posizione di chi offre dei termini diversamente inferiori.

A fronte della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante e l'impresa Day Ristoservice S.p.A. non hanno ritenuto di partecipare al contraddittorio con la produzione di proprie memorie e controdeduzioni.

### **Ritenuto in diritto**

Per la definizione delle questioni controverse sottoposte a questa Autorità nel caso di specie occorre rilevare che l'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, rubricato "Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa", dispone innanzitutto che, quando il contratto è affidato con tale criterio di aggiudicazione il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, come quelli elencati, a titolo esemplificativo, nell'articolo stesso. Inoltre, la norma medesima stabilisce che il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/2008 (c.d. Terzo Decreto correttivo), il comma 4) dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 nell'ultimo periodo prevedeva, altresì, che la commissione giudicatrice,

prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, potesse fissare in via generale i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando. Tale disposizione è stata poi soppressa dalla lettera u) del comma 1 dell'art. 1, del citato D.Lgs. n. 152/2008.

Ne consegue che, se nel passato si era consolidato il principio secondo il quale eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito ben potevano essere configurati dalle commissioni giudicatrici, seppure soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte (tra le molte: Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2005 n. 1791 e 20 gennaio 2004 n. 155 nonché T.A.R. Marche, 15 marzo 2005 n. 241), a seguito del richiamato intervento correttivo del legislatore tale discrezionalità è stata eliminata.

In sintesi può affermarsi che l'esigenza di non lasciare spazi di discrezionalità valutativa ai commissari, quando l'appalto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di garantire il principio di trasparenza, è affrontata oggi dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici imponendo che tutti i criteri di valutazione dell'offerta (criteri generali, sub-criteri e criteri motivazionali), nonché i relativi punteggi, siano stabiliti fin dalla formulazione del bando di gara, con conseguente esclusione di spazi integrativi, di specificazione o di articolazione degli stessi in capo alla commissione di gara.

In tale ottica non pare si sia mossa l'Università degli Studi di Catania, nonostante al bando di gara di cui trattasi, essendo stato pubblicato in data 24 dicembre 2008, sia applicabile la richiamata nuova disciplina, introdotta dal Terzo Decreto correttivo a far data dal 17 ottobre 2008.

Infatti, sia al punto e) "Progetto tecnico" che al precedente punto c) "Termini di pagamento agli esercizi convenzionati" dell'art. 13 del Capitolato Speciale d'Appalto è stato previsto un punteggio massimo, rispettivamente di 20 e 5 punti, lasciando alla commissione giudicatrice della gara di appalto di cui trattasi il compito di graduare discrezionalmente i punteggi da assegnare ai singoli aspetti dell'offerta, senza la benché minima predeterminazione dei criteri di attribuzione degli stessi. Al riguardo, è sufficiente notare che il Capitolato Speciale d'Appalto, al punto e), cita gli elementi concreti da valutare da parte della commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio (organizzazione del servizio, innovazione tecnologica, termini di consegna dei buoni pasto ordinati, organizzazione dell'eventuale informatizzazione delle procedure, struttura organizzativa dell'azienda, modalità di assistenza ed altri elementi utili a valutare la qualità del servizio offerto) indicandoli, però, in maniera approssimata e generica e senza ancorarli ad una predeterminata graduazione di punteggi che va da un minimo ad un massimo passando per posizioni intermedie predeterminate o determinabili secondo parametri oggettivi già fissati dal bando o dallo stesso capitolato speciale che lo integra. Come pure al punto c) prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti all'impresa che si impegna a pagare agli esercizi convenzionati i corrispettivi delle fatture in un qualunque termine inferiore ai 45 gg. previsti normativamente, senza alcuna preventiva previsione di una valutazione differenziata della posizione di chi offre dei termini diversamente inferiori. Tale lacuna consegna indebitamente un notevole potere discrezionale alla commissione giudicatrice.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* di gara non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 dicembre 2009