

LINEE GUIDA ANAC NON VINCOLANTI

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Friuli Venezia Giulia e recante il n. 249/2017, la società XX S.p.a. impugnava l'aggiudicazione definitiva del lotto 13 della procedura ristretta per l'affidamento dell'appalto dei "Lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari, non interferenti con l'esercizio ferroviario; attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento e traslo-elevatori. Numero di riferimento: DAC0.2016.0016", disposta dalla società R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. in favore del R.T.I. YY, secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

Con il ricorso in parola si censurava l'illegittimità sia dell'aggiudicazione (per errori concernenti la valutazione della propria offerta tecnica) sia dell'intera procedura di gara per violazione dei principi buon andamento e imparzialità, violazione e/o falsa applicazione del decreto legislativo n. 50 del 2016 ed eccesso di potere. Con sentenza n. 3/2018, il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia rigettava il ricorso.

La società XX s.p.a ricorreva pertanto al Consiglio di Stato.

Nel giudizio di appello si costituiva sia la stazione appaltante la quale chiedeva il rigetto dell'appello sia il Raggruppamento aggiudicatario, il quale chiedeva il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

I motivi di ricorso dell'appellante sono tre ma quello più interessante risulta il terzo perché affronta la problematica delle linee guida dell'ANAC.

Premesso :

- che il bando prevedeva per la componente tecnica un punteggio massimo pari a 70 e che, in relazione alla voce 'struttura di impresa' veniva prevista la valutazione di un 'indice PSF' che avrebbe consentito l'attribuzione di un massimo di 15 punti così suddiviso;

Per un PSF inferiore a 18 non sarebbe stata possibile l'ammissione alla gara ;

Per un PSF compreso fra 18 e 25 sarebbe stata consentita la partecipazione alla gara ma sarebbe stato attribuito un punteggio pari a 'zero';

Per un PSF compreso fra 25 e 32 sarebbe stato attribuito un punteggio pari a 7;

Per un PSF superiore a 32 sarebbe stato attribuito il punteggio massimo pari a 15.

L'appellante dichiara di aver calcolato il proprio indice di PSF, ottenendo un punteggio pari a 25,34, di aver tentato di inserire anche le cifre decimali (in qualche misura 'forzando' le rigidità del sistema), ma di non esservi riuscita per l'impossibilità tecnica determinata dal sistema stesso, il quale 'troncava' in automatico le cifre decimali.

L'appellante contesta in definitiva il risultato del proprio stesso operato in sede di predisposizione della documentazione di gara (e non un atto lesivo adottato dall'amministrazione), lamentando che tale operato sia stato determinato e condizionato da un errore nell'impostazione del programma informatico necessario ai fini della formulazione dell'offerta. Tuttavia, lo si ripete, non di erronea attribuzione del punteggio da parte dell'amministrazione può parlarsi nel caso in esame, quanto – piuttosto – di erronea auto-attribuzione da parte del concorrente il quale nulla ha inizialmente eccetto circa i lamentati malfunzionamenti del programma informatico. **Il primo motivo di appello viene quindi respinto.**

Con il secondo motivo l'appellante ha censurato l'illegittimità dell'intera procedura di gara, la quale risulterebbe irrimediabilmente viziata a causa dell'indebita commistione fra requisiti soggettivi del concorrente e requisiti oggettivi dell'offerta risultante dalla *lex specialis*.

L'indice PSF assume illegittimamente una duplice valenza:

- di requisito soggettivo per la partecipazione del singolo concorrente (nel caso di PSF di valore inferiore a 18) e di elemento di valutazione dell'offerta (nel caso di PSF di valore superiore a 18, il quale assurgeva ad elemento di valutazione dell'offerta tecnica).

E' vero che, in base a un consolidato orientamento, costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta.

“Si tratta di un criterio valutativo del tutto conforme alla previsione del comma 8 dell’articolo 83 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (‘Codice dei contratti pubblici’), secondo cui le stazioni appaltanti possono indicare “*livelli minimi di capacità*” (evidentemente intesi quali forme di *barrage* condizionanti la stessa partecipazione alle gare) e, allo stesso tempo, procedere “[*alla*] *verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative [e] delle competenze tecniche e professionali*” (intesa evidentemente in senso gradualistico e parametrico, con possibilità di modulare la valutazione in ragione del diverso grado di capacità riscontrato). Il punteggio del PSF non era riconosciuto soltanto in relazione alle pregresse esperienze professionali (atteggiandosi nella sostanza a requisito esperienziale) ma era connesso a ulteriori e diversi parametri (quali la liquidità corrente, l’autonomia finanziaria e l’indebitamento bancario) svincolati dalla mera esperienza pregressa del concorrente.” Anche il secondo motivo di appello viene dunque respinto.

Con il **terzo motivo di appello** (reiterativo di analogo motivo già articolato in primo grado e respinto dal T.A.R.) la società XX lamenta che illegittimamente la stazione appaltante, nel delineare le regole di attribuzione dei 70 punti relativi alla componente tecnica dell’offerta, si sarebbe soffermata in modo pressoché esclusivo sulle componenti tecniche ed organizzative delle concorrenti ed avrebbe trascurato qualunque riferimento agli aspetti tecnici dell’offerta concretamente ricollegati alle caratteristiche dell’appalto.

“Va in primo luogo osservato che non può essere accolto il motivo con cui si è lamentata *in parte qua* la discrasia fra la legge di gara e le prescrizioni di cui alle linee guida dell’ANAC n. 2 del 21 settembre 2016 (in tema di ‘Offerta economicamente più vantaggiosa’).

“Al riguardo ci si limita ad osservare che, trattandosi pacificamente di linee guida ‘non vincolanti’ (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell’articolo 213 del nuovo ‘Codice dei contratti’), esse non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara.

Il testo in questione, quindi, lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggia soltanto quale strumento di “regolazione flessibile”, in quanto tale volto all’incremento “dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti”.

Il testo in parola risulta ricognitivo di principi di carattere generale, ivi compreso quello della lata discrezionalità che caratterizza le scelte dell’amministrazione in punto di individuazione degli elementi di valutazione delle offerte.

Sulla base di orientamenti più che consolidati, tuttavia, deve affermarsi che tali scelte non possano essere censurate in giudizio se non in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità (nel caso di specie non ravvisabili).

Ebbene, a fronte di lavorazioni non caratterizzate da altissimo contenuto tecnico e da una certa ripetitività (quali le manutenzioni sui fabbricati ferroviari non interferenti con l’esercizio ferroviario e la conduzione e manutenzione di impianti di riscaldamento) non appare irragionevole la scelta della stazione appaltante di delineare indicatori di valutazione fondati essenzialmente sulla valutazione della struttura di impresa, sull’organizzazione del personale e sull’organizzazione tecnica del singolo concorrente.

Non può del resto essere condivisa la tesi dell’appellante secondo cui i parametri di valutazione in tal modo delineati non avrebbero in alcun modo consentito di tenere conto dei profili tecnici dell’offerta e delle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti.

Lo svolgimento dei lavori e dei servizi messi a gara non richiedeva una complessa attività di progettazione, ma soltanto una adeguata organizzazione delle lavorazioni e dei servizi posti a fondamento della *lex specialis*. Conseguentemente può risultare opinabile – ma non certamente abnorme – la scelta della stazione

appaltante di valorizzare, ai fini valutativi, gli elementi relativi all'organizzazione del personale e all'organizzazione tecnica. Anche il terzo motivo di appello viene respinto.
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Sintesi a cura dell'ing. Vincenzo Frajese
Salerno 28/11/2018