

## **Parere n. 49 del 23 marzo 2011**

### **PREC 191/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dall'ANCE Benevento – Affidamento dei lavori di adeguamento statico e funzionale dell'edificio comunale in via San Cassiano da destinare a centro polifunzionale per le attività di sviluppo del territorio – Importo a base d'asta € 2.280.000,00 – S.A.: Comune di San Potito Sannitico (CE).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 6 agosto 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'ANCE di Benevento ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità di alcuni contenuti del bando di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, predisposto dal Comune di San Potito Sannitico.

In particolare, la predetta associazione ha contestato la previsione della stazione appaltante di inserire tra gli elementi di valutazione dell'offerta il possesso da parte dell'operatore economico di "*Requisiti di sistema di gestione ambientale*", determinando in tal modo una censurabile commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Né è possibile, ad avviso della predetta associazione di categoria, giustificare l'attribuzione di uno specifico punteggio al possesso della certificazione ambientale in sede di valutazione dell'offerta invocando – come ha fatto il Comune di San Potito Sannitico nella nota di risposta inviata il 16 luglio 2010 – l'art. 44 del Codice dei contratti pubblici, che prevede nei casi appropriati la possibilità per le stazioni appaltanti di chiedere "*l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto*".

L'associazione istante eccepisce, altresì, la circostanza, desumibile dal testo del bando, che sono stati inseriti elementi di valutazione con carattere automatico nella busta n. 2 relativa, invece, alla documentazione tecnica, che richiede, al contrario, una valutazione discrezionale.

A riscontro della richiesta di informazione formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale il Comune di San Potito Sannitico ha ritenuto di non partecipare al contraddittorio documentale con proprie controdeduzioni.

*Ritenuto in diritto*

Ai fini della definizione della controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame si rileva, preliminarmente, che questa Autorità ha più volte precisato (si vedano le deliberazioni n. 30 e 209/2007 e il parere n. 37 del 14 febbraio 2008), che *"la Stazione Appaltante nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, con gli elementi di valutazione dell'offerta. Detta confusione, infatti, come anche di recente evidenziato dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1 marzo 2007, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale"*. Peraltro, anche la giurisprudenza costante ha evidenziato che nella normativa, sia nazionale che comunitaria, è codificato il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti all'aggiudicazione, che ha un sostanziale supporto logico nella necessità di tener separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara pubblica da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6490).

Nel caso di specie, l'aver previsto l'attribuzione di un punteggio, anche se fisso e predeterminato (punti 5), subordinatamente al possesso di *"Requisiti di sistema di gestione ambientale dell'operatore"*, introduce una evidente commistione tra requisiti soggettivi di capacità tecnica e professionale dell'impresa e criteri di valutazione di ogni singola offerta ai fini dell'aggiudicazione. Infatti, il possesso della suddetta certificazione ambientale da parte dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 44 del Codice dei contratti pubblici, costituisce sostanzialmente un elemento di valutazione della capacità tecnica del concorrente di applicare misure di gestione ambientale durante l'esecuzione del contratto, attestato mediante l'esibizione di certificati rilasciati da organismi indipendenti, e non un elemento di valutazione dell'offerta.

Depongono in tal senso sia considerazioni di carattere sistematico sia il contenuto letterale della norma citata.

Giova al riguardo rilevare che l'articolo summenzionato è inserito nel corpo del Titolo I, Capo II del citato Codice, che è predisposto per individuare i requisiti soggettivi richiesti di norma per la partecipazione alle pubbliche gare per l'affidamento di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari. Inoltre, dal tenore letterale della disposizione in questione si evince che la certificazione prevista dall'art. 44 del D.Lgs. n. 163/2006, cioè *"la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale"*, è diretta ad attestare una qualificazione soggettiva dell'impresa concorrente e non una qualità tecnica dell'offerta predisposta dal soggetto partecipante alla gara.

Quanto sopra rilevato induce, pertanto a concludere nel senso che il bando, così come predisposto dal Comune di San Potito Sannitico, abbia effettivamente operato un'indebita commistione tra requisiti soggettivi dei partecipanti ed aspetti tecnici dell'offerta valutabili in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La circostanza poi, ulteriormente contestata, che il bando di gara preveda l'inserimento anche di elementi che hanno un peso automaticamente stabilito all'interno della busta n. 2 relativa alla documentazione tecnica, che di regola richiede una valutazione discrezionale, non sembra tradursi di per sé in una violazione della *par condicio*, purché tutti gli elementi attengano alla qualità della

singola offerta, e non a requisiti soggettivi dei partecipanti alla gara, come il giustamente contestato requisito di sistema di gestione ambientale dell'operatore economico, e purché non consentano già di individuare le positive ricadute economiche sull'offerta prezzo, condizionando, di fatto, la commissione nella scelta del punteggio da attribuire agli elementi qualitativi dell'offerta (cfr., in tal senso, parere n. 107 del 27 maggio 2010).

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione della stazione appaltante di inserire tra gli elementi di valutazione dell'offerta il possesso da parte dell'operatore economico di "*Requisiti di sistema di gestione ambientale*", determina una illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito