

Attribuzione del punteggio da parte della commissione e principio di trasparenza.

di Gabriele La Malfa

Data di pubblicazione: 2-11-2019

1. Non sussiste violazione del principio di separazione della valutazione tecnica ed economica se la commissione verbalizzi i punteggi tecnici, pur non comunicandoli, e attribuisca successivamente e in separata sede i punteggi all'offerta economica.

2. La clausola del bando che affida alla commissione il compito di determinare una formula matematica, per attribuire un punteggio ai ribassi, deve essere oggetto di espressa impugnazione in relazione a censure riguardanti l'attribuzione del punteggio.

Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato esamina l'impugnativa dell'aggiudicazione di un appalto di servizi relativi allo svolgimento di attività connesse al rilascio dei visti d'ingresso in Italia.

Le contestazioni hanno riguardato l'operato della commissione e il procedimento di attribuzione di punteggi all'offerta tecnica e all'offerta economica. In particolare, l'appellante ha lamentato l'arbitrarietà del procedimento seguito dalla commissione nella valutazione e nello svolgimento delle sedute di gara ed, ancora, la mancata previa comunicazione nella documentazione di gara del criterio utilizzato dalla commissione per l'attribuzione dei punteggi all'offerta economica.

A detta dell'appellante, in applicazione del principio di separazione della valutazione tecnica e della valutazione economica, deve essere data conoscenza ai partecipanti in seduta pubblica degli esiti della valutazione tecnica prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Il Consiglio, per decidere sulla censura, ha richiamato preliminarmente il principio della natura di atto pubblico del verbale, idoneo a fare piena prova del suo contenuto fino a querela di falso.

Dal verbale, contro il quale non è stata proposta querela di falso, è risultata una separazione di orario fra la seduta riservata, in cui è stata disposta l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, e quella dell'attribuzione dei punteggi all'offerta economica. Conclusa infatti la seduta riservata, nella seduta pubblica i commissari hanno aperto la busta con le offerte economiche, dando lettura dei ribassi offerti; successivamente, i commissari si sono ancora riuniti in seduta riservata al solo fine di espletare il calcolo matematico del punteggio relativo all'offerta economica.

Non c'è stata dunque, ad avviso del Consiglio, un'indebita commistione fra le due attività di valutazione o una mancanza di trasparenza.

Ha resistito alle censure dell'appellante anche la mancata predisposizione e comunicazione della formula matematica di attribuzione dei punteggi ai ribassi dell'offerta economica.

Sul punto la scelta di affidare alla commissione la predisposizione della formula è stata del bando, che non è stato oggetto, sul punto, di specifica impugnazione, neanche contestualmente al provvedimento di aggiudicazione.

Non poteva quindi che essere la stessa commissione, secondo la sentenza, a definire la formula matematica per l'attribuzione del punteggio economico, attività in relazione alla quale non risulta imposto l'obbligo di pubblicità, con l'unico limite rappresentato dal punteggio massimo attribuibile alla componente economica dell'offerta previsto dal bando, scrupolosamente rispettato.

Le censure sono state inquadrate dall'appellante in un'ottica di critica complessiva all'operato della commissione, ad avviso dell'appellante troppo benevola nei confronti dell'originaria affidataria del servizio oggetto del bando.

Anche a questo riguardo, il Consiglio richiama la propria consolidata giurisprudenza in ordine al sindacato sull'attendibilità delle valutazioni tecniche della commissione, ammissibile solo in presenza di illogicità o incongruità manifeste o di palese travisamento di fatto.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4240 del 2019, proposto da Vf Worldwide Holdings Ltd, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Feroletto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Consolato generale d'Italia a Dubai, non costituito in giudizio;

nei confronti

Cox and Kings Global Services, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 4538 del 2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e di Cox and Kings Global Services;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti l'avvocato Feroletto, l'avvocato dello Stato Santini, e l'avvocato Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consolato generale d'Italia a Dubai, con determina a contrarre prot n. 14 del 27 giugno 2018, indiceva una gara per l'*"Esternalizzazione di servizi relativi allo svolgimento di attività connesse al rilascio dei visti d'ingresso in Italia"* alla quale partecipavano sia Vf Worldwide Holdings Ltd che Cox and Kings Global Services.

All'esito dell'espletamento delle operazioni di gara risultava prima classificata Cox and Kings Global Services, con 93,46 punti, seguita da Vf Worldwide Holdings Ltd, con 88,70 punti.

Con provvedimento del Console generale d'Italia a Dubai prot. n. 2600 del 25 settembre 2018 veniva approvata la graduatoria finale ed aggiudicata alla controinteressata la procedura concorsuale.

Vf Worldwide Holdings Ltd impugnava tale provvedimento innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che con la sentenza n. 4538 del 2019 lo respingeva, ritenendo infondate

le doglianze dalla stessa dedotte relative all'asserita arbitrarietà del procedimento seguito dalla Commissione nella valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, nonché nello svolgimento delle sedute di gara, e nella mancata previa comunicazione nella documentazione di gara del criterio utilizzato dalla Commissione per l'attribuzione dei punteggi all'offerta economica.

Vf Worldwide Holdings Ltd ha proposto appello contro tale sentenza, affidandolo al seguente, articolato, motivo di diritto:

1) *error in iudicando* per aver illegittimamente omesso di accertare e dichiarare la violazione degli artt. 4, 29 e 30 del d.lgs. n. 50 del 2016, dei principi di imparzialità, correttezza e concorrenza, di pubblicità delle sedute di gara, di trasparenza, continuità e concentrazione delle sedute di gara, nonché della *lex specialis* (Sezione IV.3.7 del bando di gara), e l'eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria, per come lamentati nei motivi di ricorso.

Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e Cox and Kings Global Services.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 10 ottobre 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Vf Worldwide Holdings Ltd contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 4538 dell'8 aprile 2019, con la quale è stato respinto il suo ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento del Console generale d'Italia a Dubai di aggiudicazione alla controinteressata Cox and Kings Global Services della gara di *"Esternalizzazione di servizi relativi allo svolgimento di attività connesse al rilascio dei visti d'ingresso in Italia"*.

L'appellante sostiene che la sentenza sia erronea per non avere accolto il motivo concernente l'asserita arbitrarietà del procedimento seguito dalla Commissione nella valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, nonché nello svolgimento delle sedute di gara e nella mancata previa comunicazione nella documentazione di gara del criterio utilizzato dalla Commissione per l'attribuzione dei punteggi all'offerta economica, chiedendo la riedizione della gara.

La sentenza ha così statuito: *"la Commissione, dapprima, ha verbalizzato il punteggio tecnico singolarmente assegnato alle offerte tecniche e successivamente, in seduta pubblica ha dato conto del contenuto delle offerte economiche, limitandosi a svolgere meri calcoli matematici nell'ambito della seduta riservata, per poi procedere in seduta pubblica a comunicare il calcolo eseguito e la graduatoria finale."*

Tale modo di procedere non costituisce violazione dei principi di svolgimento della gara.

Va in primo luogo rilevato che la norma invocata, recata dall'art. 283 DPR n. 207/10 quale normativa di attuazione dell'abrogato D. Lgs. n. 163/06 (che stabiliva che "in seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche") è stata abrogata con l'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 (art. 217).

Peraltro, tenuto anche conto che in tema di concessioni di servizi l'applicazione della normativa di settore è limitata ai principi generali, nessuno di tali principi generali risulta violato posto che non vi è stato concreto pericolo di commistione tra la valutazione dell'offerta economica e dell'offerta tecnica in quanto – al momento di apertura delle buste dell'offerta economica - erano già stati attribuiti i punteggi per la valutazione dell'offerta tecnica (come risulta da quanto verbalizzato nella seduta del 25.9.2018; cfr. verbale in atti); ne deriva che non può ritenersi condizionato il giudizio sull'offerta tecnica dalla conoscenza preventiva della convenienza economica della proposta, in realtà percepita solo dopo l'attribuzione delle valutazioni sulla qualità dell'offerta.

La mancata lettura in seduta pubblica non costituisce quindi un vizio della procedura e non ne determina l'illegittimità dell'esito".

Per l'appellante il principio affermato dall'art. 283, comma 3, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), il quale statuiva che: «In seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284», non sarebbe stato cancellato dall'ordinamento, bensì sostituito dalle identiche previsioni contenute nelle Linee guida n. 5, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016, ed aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 4 del 10 gennaio 2018.

Né rileverebbe in alcun modo la circostanza secondo cui la seduta riservata contenente la valutazione delle offerte tecniche sarebbe stata chiusa prima di procedere all'apertura delle buste con l'offerta economica, non essendo tale evenienza di per sé sufficiente a garantire i principi di trasparenza della gara ed il divieto di commistione tra l'offerta tecnica ed economica, dal momento che il legislatore, l'autorità regolatrice, nonché la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato avrebbero affermato l'ulteriore esigenza secondo cui degli esiti della valutazione tecnica debba essere data conoscenza ai partecipanti in seduta pubblica prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Per l'appellante: "E' pertanto indiscutibile che nel momento in cui la Commissione ha aperto le buste con l'offerta economica non esisteva – come di norma non esiste e comunque non è a disposizione - alcuna documentazione, suscettibile di verifica e controllo da parte dei concorrenti, comprovante gli esiti della valutazione tecnica effettuata".

Inoltre, dopo aver aperto la busta delle offerte economiche e preso conoscenza dei prezzi offerti dai concorrenti, non avendo preventivamente comunicato la formula nel corso della seduta pubblica, né essendo tale formula definita nel bando, la Commissione si sarebbe illegittimamente ritirata in seduta riservata, ove ha deciso come assegnare i punteggi alle offerte economiche di cui già conosceva i contenuti.

La mancanza di trasparenza, pubblicità, imparzialità, e parità di trattamento, sarebbe avvalorata dal fatto che molti aspetti della valutazione tecnica favorevole alla controinteressata CKGS si fondano sulla considerazione particolarmente benevola ad essa riservata nella sua qualità di attuale gestore del servizio.

Non rileverebbe, inoltre, l'omessa impugnazione del bando di gara, non incidendo tale omissione sulla censura riguardante l'elaborazione *ex post* della formula matematica impiegata per l'attribuzione dei punteggi economici, né la qualificazione del contratto come concessione di servizi in luogo di appalto di servizi, tenuto conto che anche in materia di concessioni operano i principi generali di trasparenza, pubblicità, imparzialità e concorrenza.

L'appello è infondato, potendo risultare assorbite le eccezioni di inammissibilità dello stesso sollevate dalle controparti.

Dalla documentazione versata in atti risulta, invero, che, dopo avere attribuito i punteggi all'offerta tecnica in seduta riservata, la commissione, senza comunicare ai concorrenti tali punteggi (ma verbalizzandoli analiticamente, in relazione ai singoli subcriteri previsti dalla *lex specialis* di gara, come risulta dal verbale della seduta del 25 settembre 2018, ore 13.00), ha aperto in seduta pubblica le offerte economiche e ha enunciato i ribassi offerti. Poi si è riunita in seduta riservata, ove ha elaborato un sistema per trasformare i ribassi in punteggi, non avendo il bando enunciato alcuna formula matematica.

Per la sentenza non ci sarebbe stata alcuna violazione del principio di separazione tra valutazione tecnica ed economica, avendo la commissione verbalizzato i punteggi tecnici, seppur non comunicandoli, prima di valutare le offerte economiche.

La decisione è condivisibile. Invero, il verbale di gara "*ha natura di atto pubblico in ordine ai fatti in esso riportati, secondo la disciplina dell'art. 2699 c.c. e del seguente art. 2700 c.c., i quali dispongono che l'atto pubblico, in quanto documento formato da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, fa fede fino a querela di falso*" (Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2012, n. 3351).

Dallo stesso verbale, contro il quale non è stata proposta alcuna querela di falso, risulta che nella seduta riservata delle ore 13.00, la commissione ha proceduto a valutare le offerte tecniche attribuendo ad ogni offerente i punti per ciascun criterio; dopo aver concluso questa prima fase, nella seduta pubblica delle ore 16.00 i commissari hanno aperto la busta con le offerte economiche, dando lettura dei ribassi offerti; successivamente i commissari si sono riuniti in seduta riservata al solo fine di espletare il calcolo matematico del punteggio relativo all'offerta economica, poi attribuito in ossequio al dettato del bando, che così prescriveva: "*t) Offerta economica (costo complessivo del servizio richiesto nel capitolato tecnico per l'utenza*

senza eventuali costi di servizi opzionali facoltativi) massimo punti 10”.

Si legge, invero, nel verbale: “Alle ore 16, in una sala aperta al pubblico, alla presenza del RUP e dei rappresentanti delle ditte in gara, si è successivamente proceduto all'apertura delle buste contrassegnate dalla lettera "C", contenenti l'offerta economica, e alla lettura della stessa, con una tariffa-base per pratica di visto pari ad Euro 13,5 per BLS, Euro 13 per CKGS ed Euro 9 per VFWW. Si è inoltre data lettura delle tariffe concernenti i servizi opzionali offerti.

La Commissione si è quindi ritirata per procedere alla valutazione dei dati: considerato il valore massimo esigibile, pari alla metà del costo di un visto ordinario, ovvero Euro 30, si è misurata la differenza tra quest'ultimo e le offerte presentate, la quale è stata poi rapportata al massimo punteggio teorico ottenibile, pari a 10, in base al seguente procedimento logico: $30:10 = 3$; differenza: $3 =$ punteggio ottenuto. L'operazione ha visto VFWW ottenere il risultato migliore (7 punti), seguito da CKGS (5,66 punti) e BLS (5,5 punti). Sommando tali valori con quelli derivanti dall'esame delle proposte tecniche, pari a 87,80 punti per CKGS, 81,70 per VFWW e 67,65 per BLS, si è ottenuta la seguente graduatoria finale:

- CKGS: punti 93,46;

- VFWW: punti 88,70;

- BLS: punti 73,15’.

Dal suddetto verbale, facente fede fino a querela di falso, risulta, dunque, che la valutazione delle offerte tecniche è stata effettuata dalla commissione tra le ore 13.00 e le 16.00 del 25 settembre 2018, e perciò prima dell'apertura delle offerte economiche (avvenuta, appunto, alle ore 16.00). E che, in mancanza di previsione da parte del bando di una formula specifica per l'attribuzione dei punteggi all'offerta economica, la commissione li ha attribuiti tenendo presente il punteggio massimo di 10 (previsto dal bando), in relazione ai singoli ribassi offerti, come si evince dal verbale.

La commissione, dunque, nell'attribuire i punteggi economici si è strettamente attenuta alle previsioni che erano contenute nella legge di gara. Né risulta che l'appellante abbia specificamente impugnato la suddetta clausola del bando, in ordine alla mancata previsione di una formula matematica che rendesse predeterminabile *ex ante* il criterio specifico di attribuzione dei punteggi alle offerte economiche in relazione ai ribassi offerti, neanche contestualmente all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, e non può dolersene ora, adducendo l'impossibilità di prevedere come sarebbero state le valutazioni delle offerte economiche da parte della commissione, risultando le suddette previsioni della legge di gara, allo stato, insindacabili, come correttamente statuito dalla sentenza. Non poteva che essere la stessa commissione, dunque, a definire la formula matematica per l'attribuzione del punteggio economico, attività in relazione alla quale non risulta imposto l'obbligo di pubblicità, con l'unico limite rappresentato dal punteggio massimo attribuibile alla componente economica dell'offerta previsto dal bando, scrupolosamente rispettato.

In ordine, invece, alla vincolatività delle prescrizioni contenute nelle linee guida n. 5 dell'Anac

(cfr. Linee guida n. 5, par. 1.1), dalla formulazione letterale delle stesse si evince che, nonostante l'enunciazione di possibili modalità procedurali, la determinazione delle specifiche formalità di espletamento delle operazioni di gara è rimessa, comunque, alla discrezionalità della stazione appaltante, seppur nel rispetto dei principi di imparzialità, correttezza, pubblicità e trasparenza.

Si ritiene, dunque, che l'operato della commissione non risulti inficiato da illegittimità, non essendovi stato alcun condizionamento del punteggio tecnico rispetto alla conoscenza delle offerte economiche, avvenuta successivamente.

In relazione, infine, all'assunta benevolenza con cui la commissione di gara avrebbe valutato l'offerta tecnica della controinteressata, si richiama il principio costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, per il quale: *"in sede di gara pubblica, il giudice di legittimità può spingere il proprio accertamento fino a controllare l'attendibilità delle valutazioni tecniche eseguite dalla Stazione appaltante, al fine di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con utilizzo delle regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza, ma non può sostituirsi a questa negli apprezzamenti di merito: sicché, a fronte dei giudizi tecnici della Commissione, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia macroscopiche irrazionalità o incongruenze, né palesi illogicità o travisamenti"* (Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279).

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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