

Determinazione n. 17/2001 del 26/7/2001

Q/197a

Oggetto: "Ammissibilita' di aggiudicazione della gara in presenza di un'unica offerta valida"

Premesso

Alcune stazioni appaltanti hanno chiesto all'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici di fornire un'interpretazione circa il contenuto della disposizione di cui all'art. 76, comma 2, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 con particolare riferimento ai seguenti aspetti:

a) con quali modalita' possa stabilirsi un coordinamento tra la citata disposizione e l'art. 69 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827;

b) l'effettivo significato dell'inciso " la stazione appaltante.....aggiudica comunque l'appalto all'esito della seconda procedura" contenuto nel secondo periodo della norma in questione.

Stante il rilievo che riveste la questione in oggetto ed il coinvolgimento di molteplici interessi del settore degli appalti pubblici, in conformita' a quanto disposto nel Regolamento sul funzionamento dell'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo il quale ogni valutazione dei problemi e delle prassi va condotta in base agli apporti delle Amministrazioni ed enti rappresentativi di apparati ed interessi del settore dei lavori pubblici, l'Autorita' ha convocato un'audizione, che si e' tenuta presso la propria sede in data 5 aprile 2001.

Conseguentemente sono state acquisite memorie e documenti dei partecipanti all'audizione ed il Consiglio dell'Autorita' ha assunto la seguente deliberazione.

Considerazioni dell'Autorita'

Occorre preliminarmente osservare che la problematica inerente l'aggiudicazione in presenza di una sola offerta valida non trova specifica soluzione nelle norme di cui alla legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, dal momento che i relativi artt. 20 e 21, riguardanti, rispettivamente, la disciplina di scelta dei contraenti ed i criteri di aggiudicazione delle gare, nulla dispongono al riguardo.

In particolare, l'art. 20 della legge n. 109/94, che fissa i principi di ordine generale sulle procedure di scelta del contraente, si limita a far riferimento ai pubblici incanti, alla licitazione privata, all'appalto concorso ed alla trattativa privata, senza tuttavia prevedere alcuna particolare modalita' relativa alla questione di cui trattasi; cosi' come il successivo art. 23, riguardante la licitazione privata, nulla dispone in merito al numero minimo di offerte valide che e' necessario affinche' si possa provvedere alla legittima aggiudicazione di gara.

Il quadro normativo di riferimento va pertanto ricercato sia nei principi di derivazione comunitaria sia, per quanto riguarda il diritto interno, nell'art. 69 del R.D. 827/1924 e nell'art. 76 del D.P.R. 554/99.

Il principio comunitario della garanzia della concorrenza nelle procedure di appalto, principio volto ad assicurare la potenziale partecipazione di una pluralita' di soggetti trova sul piano del diritto interno uno speculare corollario nella finalita' che sottendono alla disposizione di cui all'art. 69 del R.D. 827/1924.

Detta norma, infatti, con riferimento alla procedura di aggiudicazione dei contratti per asta pubblica espressamente prevede che " nel giorno e nell'ora stabiliti dall'avviso d'asta, l'autorita' che presiede all'incanto dichiara aperta l'asta che.....e' dichiarata deserta ove non ne siano presentate almeno due (offerte), salvo il caso in cui l'amministrazione abbia stabilito, avvertendolo nell'avviso d'asta che, tenendosi (la stessa) col sistema delle offerte segrete, si procede all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta".

Scopo della disposizione e' quello di assicurare l'esigenza a che all'aggiudicazione del contratto si pervenga solo in esito ad un confronto tra piu' offerte valide e fatta salva la sola facolta' per l'amministrazione procedente di aggiudicare ugualmente la gara all'unico offerente a condizione pero' che ne sia stata data informazione nell'avviso di gara e che si proceda con il sistema dell'offerta segreta.

Il riferimento contenuto nell'art. 69 del R.D. 827/1924 al dato oggettivo delle due offerte, per consolidato orientamento giurisprudenziale, e' da ritenersi riferito non ai potenziali offerenti, bensì ai soggetti che abbiano effettivamente presentato una offerta valida; in altri termini esso e' teso ad assicurare la effettivita' del confronto fra piu' soggetti.

Occorre anche aggiungere che la norma di cui trattasi e' di diretta applicazione solo per i pubblici

incanti, mentre per le licitazioni private la stessa è stata estesa in forza del richiamo espresso dettato dall'art. 89 dello stesso R.D. 827/1924. Di conseguenza essa non vige né per la trattativa privata né per la procedura dell'appalto concorso, in quanto trattasi di norma speciale con contenuto restrittivo non applicabile in via di estensione né tanto meno in via analogica.

Per la trattativa privata, pertanto, continua a vigere il principio opposto secondo il quale può considerarsi legittimamente intrapreso il procedimento contrattuale a trattativa privata nel caso in cui delle più imprese interpellate dall'amministrazione ai fini del procedimento concorsuale, una sola abbia trasmesso tempestivamente la propria offerta, rendendosi con ciò inattuabile la possibilità del confronto concorrenziale tra più offerte.

Per l'appalto concorso poi, mancando un espresso richiamo analogo a quello vigente per la licitazione privata, se ne può dedurre che non è richiesta ai fini dell'aggiudicazione della gara stessa una pluralità di offerte. Da ciò consegue che l'Amministrazione non può legittimamente negare l'aggiudicazione della gara all'unica impresa offerente, purché siano stati ammessi a partecipare almeno tre candidati qualificati, senza aver preventivamente valutato l'offerta presentata sotto il profilo tecnico ed economico, dovendo invece motivare adeguatamente la decisione di non pervenire all'aggiudicazione in relazione alle ragioni di pubblico interesse che hanno determinato la soluzione negativa ed in particolare la non convenienza economica dell'offerta.

La disposizione dunque di cui all'art. 69 del R.D. 827/1924 riguarda unicamente pubblico incanto e licitazione privata, tenendo comunque presente che, nel caso difetti nel bando l'espressa previsione dell'aggiudicabilità anche nel caso di presentazione di un'unica offerta, l'amministrazione ha l'obbligo e non la facoltà di dichiarare deserta la gara.

Occorre ora esaminare l'innovazione normativa di cui all'art. 76, comma 2, del D.P.R. 554/99 e come la stessa si coordini con quanto stabilito nell'art. 69 del R.D. 827/1924.

L'art. 76, comma 2, del regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici prevede che " non si fa luogo ad appalto concorso o a licitazione privata qualora il numero dei candidati qualificati sia inferiore a tre " ed aggiunge che " in tal caso, la stazione appaltante bandisce una nuova gara mediante pubblico incanto, anche modificando le relative condizioni ed aggiudica comunque l'appalto all'esito della seconda procedura ".

Va preliminarmente considerato che la norma di cui trattasi riguarda per sua espressa previsione i "candidati qualificati", cioè quei soggetti che avendo presentato domanda di partecipazione alle relative procedure di gara siano stati ritenuti idonei a concorrere dalla stazione appaltante. Il fatto che la norma faccia riferimento, in via esclusiva, alla procedura della licitazione privata e a quella dell'appalto concorso, cioè a due procedure consistenti in una fase di qualificazione alla gara ed in una di presentazione delle offerte, consente di ritenere che è fatto obbligo all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se, sulla base dei soggetti ammessi alla gara, siano assicurate le condizioni minime di concorrenza; condizioni che si possono ritenere assolte nel caso in cui il numero degli ammessi alla gara non sia inferiore a tre. Ecco quindi che assicurando la partecipazione plurima alle procedure di gara si ottempera al principio comunitario della garanzia della concorrenza; partecipazione che con l'entrata in vigore a pieno regime della disciplina sulla qualificazione delle imprese potrà essere tale da ovviare all'inconveniente della limitata reperibilità di imprese qualificate nei singoli settori di interesse.

Ecco quindi che il problema del coordinamento tra quanto disposto dall'art. 76, comma 2, del D.P.R. 554/99 e dall'art. 69 del R.D. 827/1924 non comporta particolare difficoltà, trattandosi di discipline che riguardano momenti diversi della procedura di gara, che si integrano tra loro, senza sovrapporsi: l'una infatti riguarda, sotto il profilo della concorrenzialità, le condizioni minime da rispettare nella fase precedente agli inviti alla gara, l'altra riguarda il momento successivo delle offerte valide presentate.

La conseguenza è quindi che la stazione appaltante ha comunque la facoltà di aggiudicare in presenza di una sola offerta valida ai sensi dei citati artt. 69 e 89 del R.D. 827/1924, purché abbia inserito detta previsione nel bando di gara.

Maggiori difficoltà interpretative sorgono dalla lettura del secondo periodo dell'art. 76, comma 2, del regolamento citato laddove si prevede che qualora il numero dei candidati qualificati sia inferiore a tre " la stazione appaltante bandisce una nuova gara mediante pubblico incanto, anche modificando le relative condizioni, e aggiudica comunque l'appalto all'esito della seconda procedura ".

Occorre in primo luogo precisare che la citata disposizione si riferisce testualmente alla gara indetta in seconda battuta, rimanendo pertanto fuori dal suo ambito applicativo il pubblico incanto che sia stato indetto originariamente con ciò restando immutate le regole all'uopo fissate dal citato art. 69 del R.D. 827/1924.

Per quanto attiene invece all'eventuale obbligo incondizionato di aggiudicare gravante in capo all'amministrazione si formulano le seguenti considerazioni.

La giurisprudenza comunitaria ha in piu' occasioni rilevato come non possa desumersi dalle direttive europee alcun obbligo dell'amministrazione di procedere all'aggiudicazione degli appalti pubblici soprattutto in presenza di un'unica offerta valida, non rinvenendosi nella direttiva 93/37/CE alcuna disposizioni espressa in tal senso.

Peraltro, la previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 76, comma 2, del D.P.R. 554/99 essendo tesa ad assicurare l'esigenza di tempestivita' e contenimento dei costi delle procedure di gara, potrebbe essere interpretata nel senso di rendere obbligatorio per l'amministrazione di procedere all'aggiudicazione della seconda gara, anche in presenza di una sola offerta valida.

Detta interpretazione tuttavia non puo' essere condivisa sia perche' in contrasto con i principi comunitari suesposti, sia perche' in contrasto con lo stesso principio emergente dalla normativa nazionale.

Deve, pertanto, ritenersi che residui in capo all'amministrazione il potere di non aggiudicare, anche nella seconda gara, l'appalto in questione, qualora la verifica della congruita' della offerta presentata dia un esito non positivo. Verifica che deve considerarsi obbligatoria da parte dell'amministrazione aggiudicatrice alla luce del principio di effettivita' ed efficienza dell'azione amministrativa. Con la considerazione ulteriore che il potere di non aggiudicare puo' trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse (es. eccessiva onerosita' del prezzo indicato nell'offerta dell'impresa).

Si puo' in conclusione affermare che residua in capo all'amministrazione il potere discrezionale, da esercitarsi in ipotesi eccezionali, di non aggiudicare l'appalto anche nella seconda gara qualora la verifica della congruita' della offerta presentata dia un esito non positivo.

Il potere discrezionale de quo puo' trovare esplicazione anche nell'ipotesi in cui si accertino carenze o irregolarita' nelle condizioni stabilite per la gara, che hanno comportato una scarsa partecipazione alla stessa.

Parimenti andra' valutata, da parte dell'Amministrazione, la permanenza della necessita' di soddisfare quell'esigenza pubblica per la quale e' stata predisposta la prima gara, i costi sostenuti dall'Amministrazione e dal o dai partecipanti, la tipologia di appalto ed il relativo importo, qualora costituiscano motivazione alla scarsa partecipazione delle imprese.

Sulla base delle suindicate considerazioni il Consiglio nell'adunanza del 26 luglio 2001 ha deliberato quanto segue:

- l'istituto dell'aggiudicazione in presenza di una sola offerta valida e' tuttora regolato dall'art. 69 del R.D. 827/1924 limitatamente alle procedure avviate originariamente per pubblico incanto o per licitazione privata: in tali casi il numero minimo necessario di offerte effettive per la legittima aggiudicazione della gara deve essere almeno pari a due, salvo la sussistenza di una espressa clausola nel bando di gara che preveda l'aggiudicazione all'unico offerente;

- l'art. 76, comma 2, del D.P.R. 554/99 laddove prevede che nel caso di licitazione privata e appalto concorso non si procede qualora il numero dei candidati qualificati sia inferiore a tre, si riferisce testualmente alla potenzialita' degli offerenti qualificati per la partecipazione alla gara e non all'effettivita' delle offerte presentate nella procedura selettiva medesima;

- a seguito di pubblico incanto esperito in seconda fase ai sensi dell'art. 76, comma 2, del D.P.R. 554/99 o con riferimento al pubblico incanto ed alla licitazione privata in prima fase ai sensi dell'art. 69 R.D. 827/24 e sempre che in tal caso il bando preveda la clausola di aggiudicabilita', l'amministrazione e' tenuta, in presenza di unica offerta valida, a procedere all'aggiudicazione del contratto, salvo che non ricorrano eccezionali motivi di pubblico interesse; detti motivi possono sostanziarsi nella verifica della non congruita' dell'offerta, nell'accertamento di carenze o irregolarita' nella procedura di gara ovvero nel venir meno dell'esigenza pubblica per la quale e' stata avviata la procedura concorsuale.