

Determinazione n. 53 del 07 Dicembre 2000

G.u. N. 301 del 28/12/2000

R/277b

Oggetto : Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa Art. 21. co. 2, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.

Premesso

In data 14 novembre 2000, presso l'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici, e' stata tenuta un'audizione per la discussione di alcune questioni interpretative relative al criterio di aggiudicazione degli appalti dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, con particolare riferimento alla valutazione del "valore tecnico delle opere progettate".

L'interesse per le questioni era derivato dall'esame di una segnalazione dell'impresa Provera & Carrassi, in un primo tempo archiviata e poi riconsiderata in seguito ad un'ulteriore segnalazione da parte dell'impresa, che aveva denunciato presunte irregolarita' commesse dalla Sintesi Spa in occasione di una gara di appalto bandita mediante licitazione privata, con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa e con riferimento alla normativa di cui alla direttiva 93/37/CEE, per la costruzione di un parcheggio sotterraneo nel comune di Brescia.

Secondo la prospettazione della Provera & Carrassi andava, invece, fatto esclusivo riferimento alla normativa interna, la quale consente il ricorso al criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa soltanto nel caso di appalto-concorso, ovvero per l'affidamento di concessione di lavori pubblici.

La Provera & Carrassi denunciava anche un'errata applicazione del criterio prescelto, stante la ritenuta immodificabilita' del progetto e dato che i parametri di valutazione dell'offerta erano stati fissati in maniera da lasciare piena discrezionalita' di valutazione alla stazione appaltante, senza garantire al massimo l'obiettivita' della scelta ed assicurare la rigorosa osservanza del principio della par condicio tra i concorrenti.

La Sintesi Spa contestava pregiudizialmente che l'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici avesse legittimazione ad occuparsi della questione, nella considerazione che l'opera appaltata era di interesse regionale e come tale esulava da ogni forma di controllo da parte dello Stato. Nel merito, la societa' affermava che la gara era stata indetta con riferimento all'indicato criterio di selezione dei concorrenti in base alla considerazione che trattavasi di appalto disciplinato dalla normativa comunitaria che consente, alternativamente, per la scelta del contraente, di fare riferimento al prezzo piu' basso, ovvero a favore dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa.

Emergeva nel corso della discussione della questione che, avverso il risultato della gara indetta dalla Sintesi spa, la Provera & Carrassi non aveva proposto alcun ricorso giurisdizionale e che l'impugnazione inizialmente proposta avverso la gara medesima da parte del Collegio costruttori di Brescia era stata successivamente rinunciata.

Con nota del 30 novembre 2000, la Sintesi Spa illustrava, con dovizia di argomentazioni, le tesi gia' esposte in sede di audizione.

Considerato

La questione pregiudiziale, concernente l'eccepta carenza di potere dell'Autorita' di vigilanza relativamente ai lavori pubblici di interesse regionale, va risolta, a prescindere dalla natura regionale o meno delle opere in esame, in base al disposto dell'art. 4, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che individua l'ambito della vigilanza dell'Autorita' con riferimento ai lavori pubblici, anche di ambito regionale. Detta norma e' coerente con quanto dispone il comma 2, dell'art. 1, della legge stessa.

E tanto in coerenza con il comma 2, dell'art. 1, della legge stessa, secondo cui, per la disciplina delle opere e dei lavori pubblici di competenza delle regioni e delle province autonome, i principi di cui alla legge n. 109/1994 "costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale ai sensi degli statuti delle regioni a statuto speciale e dell'art. 117 della Costituzione, anche per il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato".

Tra i principi desumibili dalla legge quadro indicata, infatti, la Corte Costituzionale ha espressamente individuato quello relativo alla istituzione dell'Autorita' di vigilanza, che "rappresenta uno dei cardini della riforma della materia", le cui attivita' "assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici" (Corte Cost., Sentenza 23 ottobre 1995,

N. 482).

Quanto, poi, alle modalita' di esercizio della potesta' di vigilanza, riconosciuta all'Autorita' dall'indicato art. 4, della legge n. 109/1994, la funzione di garanzia del rispetto del diritto comunitario ed interno legittima interventi preventivi intesi ad evitare le "violazioni legislative e regolamentari". Ed e' esclusivamente in siffatta prospettiva che si giustifica l'interesse per le questioni generali emerse nel caso esaminato, senza alcun intento da parte dell'Autorita' di vigilanza di alimentare controversie e di sostituirsi con proprie valutazioni agli organi giurisdizionali competenti.

Nel merito delle questioni, va considerato che - come rilevato dalla impresa ricorrente - nel sistema della legge quadro n. 109/94, l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata e' effettuata esclusivamente con riferimento al prezzo piu' basso, inferiore a quello posto a base di gara (comma 1, art. 21, legge n. 109/1994), essendo il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa consentito nei soli casi dell'appalto-concorso, ovvero di concessione di costruzione e gestione dei lavori pubblici (commi 2 e 4, art. 20, legge n. 109/1994).

Va, inoltre, rilevato che tra i soggetti tenuti all'applicazione della legge quadro n. 109/1994 indicata, sono ricompresi, tra gli altri, i "concessionari di servizi pubblici" (comma 2, lett. b, art 2, legge n. 109/94), e che alle prescrizioni della legge medesima anche detti soggetti sono obbligati con riferimento a tutti i bandi di gara pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore ed indipendentemente, pertanto, dalla normativa vigente al momento dell'assentimento della concessione.

Quanto, poi, alla questione relativa alla compatibilita' con l'ordinamento comunitario della indicata disciplina interna sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, va tenuto presente che, effettivamente, il comma 1, lettere a) e b), dell'art. 30, della direttiva del Consiglio N. 93/37/CEE, del 14 giugno 1993, dispone, testualmente, che i criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono: "o unicamente il prezzo piu' basso; o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto; ad esempio, il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditivita', il valore tecnico". Al fine di assicurare la concorrenza, la normativa comunitaria, nel presupposto implicito che gli unici criteri di selezione delle offerte idonei a garantirla siano quelli in precedenza indicati, prevede, dunque, la possibilita' di scegliere tra l'uno e l'altro e stabilisce, nel caso in cui si dovesse ricorrere al sistema dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, di tenere presente "diversi criteri secondo l'appalto", quali quelli esemplificativamente in precedenza elencati.

Va considerato, tuttavia, che la legge quadro sui lavori pubblici n. 109/94 e successive modificazioni non ha inteso limitarsi a dare mero recepimento sul piano interno alla direttiva comunitaria proponendosi, invece, di innovare e modificare radicalmente la materia degli appalti di lavori pubblici in una prospettiva organica e completa, con una regolamentazione unitaria di tutti gli appalti di qualsiasi importo, ispirata tendenzialmente al rispetto dei principi del diritto comunitario. E con specifico riferimento al criterio di selezione dei concorrenti, l'art. 21, della legge stessa, in una ritenuta - da parte di esso legislatore - prospettiva di maggior rigore, ha disposto che all'aggiudicazione degli appalti si debba pervenire, nei pubblici incanti e nella licitazione privata, con il solo criterio del prezzo piu' basso che riduce al massimo la discrezionalità della stazione appaltante, consentendo il ricorso al criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa per i soli casi dell'appalto-concorso e della concessione di costruzione e gestione.

Ne' puo' ritenersi che cosi' disponendo la normativa interna si sia posta in contrasto con quella comunitaria con conseguente necessita' di farne disapplicazione, dal momento che non "determina una lesione del diritto comunitario" la norma interna che, al fine di assicurare "in modo piu' esteso" la concorrenza, regolamenti un determinato istituto in maniera difforme da quanto previsto in sede comunitaria (Corte Cost., sentenza n. 482/1995).

Quanto, infine, alla questione riguardante la concreta applicazione del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, va rilevato che la relativa disciplina, contenuta nel comma 2, art. 21, della legge quadro n. 109/1994 e nell'art. 91 del regolamento generale di cui al DPR 21 dicembre 1999, n. 554, rinvia, tra gli elementi di valutazione, "al valore tecnico ed estetico delle opere progettate".

Ne consegue che al sistema in esame e' possibile ricorrere soltanto nel caso in cui sia previsto l'apporto progettuale dei concorrenti e, conseguentemente, nel presupposto della mancanza di un progetto dell'amministrazione esecutivo ed immodificabile, anche se le possibili "modifiche al progetto predisposto dall'amministrazione (stessa) non possono configurare un'alternativa progettuale, ma devono limitarsi ad innovazioni complementari e strumentali, nel rispetto delle linee essenziali e dell'impostazione del progetto di base" (Cons. St., Sez V, 30 novembre 2000, n. 6367).

Per tutte le suesposte considerazioni si e' dell'avviso che:

1. nel sistema della legge quadro sui lavori pubblici n. 109/94, l'aggiudicazione dei pubblici appalti puo' avvenire soltanto con l'applicazione del criterio del prezzo piu' basso, essendo possibile fare ricorso a quello dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa nelle sole ipotesi dell'appalto-concorso e della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici;
2. le regole indicate trovano applicazione nel caso di appalti di lavori di qualsiasi importo e non soltanto inferiore alla soglia comunitaria, e la relativa disciplina non puo' ritenersi contrastante con il comma 1, dell'art 30 della direttiva del Consiglio 93/37/CEE;
3. qualora nei casi consentiti dalla legge e diversi da quello preso in esame, nella concreta applicazione del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa sia prevista la valutazione del "valore tecnico" per consentire detta valutazione occorre che il progetto sia modificabile da parte dei concorrenti.