

Parere n. 5 del 14/01/2010

Protocollo PREC 75/09/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dallo Studio Romanazzi-Boscia e Associati s.r.l. e dallo Studio AC3 s.n.c. di Cagnazzi Raffaele Michele & C. - Attività di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione relativi alla "Realizzazione di sistemi di collettamento differenziati per le acque piovane e del recapito finale - lotti A e C) - Importo a base d'asta € 167.575,88 - S.A.: Comune Di Sant'Eramo in Colle (BA).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 e 6 maggio 2009 sono pervenute all'Autorità due istanze di parere presentate, rispettivamente, dallo Studio Romanazzi-Boscia e Associati s.r.l. e dallo Studio AC3 s.n.c. di Cagnazzi Raffaele Michele & C., con le quali i suddetti concorrenti alla procedura di gara in oggetto hanno sollevato le medesime censure al bando di gara per l'affidamento degli incarichi indicati in oggetto, chiedendo se sussistono i presupposti per l'annullamento della suddetta procedura.

Nello specifico, le questioni sottoposte a questa Autorità riguardano: - la presunta violazione del principio di concorrenza, in quanto si richiedono i requisiti di cui all'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999 riguardante gare per importi superiori alla soglia comunitaria, mentre il bando riguarda servizi di ingegneria aventi un importo inferiore alla soglia comunitaria; - la presunta violazione - nel contesto del punto 9 A del bando "Particolare attitudine all'espletamento dell'incarico" - del principio di proporzionalità e dell'art. 64 del D.P.R. n. 554/1999, in quanto il punteggio attribuito all'offerta tecnica sarebbe determinato su base quantitativa e non su base qualitativa - la presunta violazione sempre dell'art. 64 del D.P.R. n. 554/1999, per l'ulteriore fatto che all'offerta economica viene attribuito un peso ponderale pari al 45%, superiore al valore ammissibile del 30%; - i presunti vizi del bando concernenti la figura del Coordinatore della Sicurezza, segnatamente per ciò che concerne l'asserita separazione delle figure del Direttore dei lavori e del Coordinatore della Sicurezza.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, sia il Comune di Sant'Eramo in Colle sia il RTP controinteressato, ad opera del capogruppo Ing. Fabio Mastellone sostenevano, invece, il rispetto delle disposizioni normative asseritamente violate e segnatamente evidenziavano come non fosse ravvisabile alcuna lesione dei principi di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza nell'attribuire un punteggio in relazione alle opere dirette dai concorrenti nell'ultimo decennio.

Ritenuto in diritto

Le questioni controverse prospettate a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto sono molteplici e per comodità espositiva si ritiene di esaminarle secondo l'ordine seguito nella narrativa in fatto.

Relativamente alla asserita violazione del principio di concorrenza, in quanto si richiedono i requisiti di cui all'art. 66 del D.P.R. n. 554/1999, mentre il bando riguarda servizi aventi un importo inferiore alla soglia comunitaria, si evidenzia che nel lamentare detta violazione l'istante non tiene conto del fatto che l'articolo 91 del D.Lgs. n. 163/2006, nel disciplinare le procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria ha individuato in relazione ai medesimi una specifica soglia per l'applicazione delle disposizioni di derivazione comunitaria che è di importo pari o superiore a 100.000 euro. Conseguentemente, essendo l'appalto in oggetto di importo pari a euro 167.575,88 lo stesso è da ritenersi superiore alla soglia comunitaria, per cui correttamente la stazione appaltante ha richiesto i requisiti di cui al citato art. 66 del D.P.R. n. 554/1999, propriamente riguardante l'affidamento di servizi di ingegneria e di architettura di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Sulla presunta violazione - nel contesto del punto 9 A del bando - del principio di proporzionalità e dell'art. 64 del D.P.R. n. 554/1999, in quanto il punteggio attribuito all'offerta tecnica sarebbe determinato su base quantitativa e non su base qualitativa, attribuendo punteggio a requisiti soggettivi del concorrente e non oggettivi dell'offerta, poiché il bando prevede l'attribuzione di punteggio in base alle opere precedentemente dirette, sino ad un massimo di tre «che il concorrente ritiene significative della propria capacità di direzione dei lavori scelte tra interventi qualificabili come affini a quello oggetto di affidamento», si rileva che sulla questione l'Autorità ha avuto modo di pronunciarsi più volte (cfr. Deliberazione Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

27/6/2007 n. 209; Deliberazione n. 30/2007) sostenendo «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 oggettivi 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».

Si ritiene, tuttavia, che tale affermazione di principio non possa prescindere da una valutazione specifica del caso concreto, come sostenuto anche da un recente e condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale è legittimo che la stazione appaltante nel bando di gara privilegi le imprese che abbiano svolto attività identiche o analoghe a quella oggetto dell'appalto, attribuendo loro uno specifico punteggio utile ai fini dell'aggiudicazione, nella misura in cui tali aspetti dell'attività dell'impresa concorrente possano illuminare la qualità dell'offerta, assurgendo così a parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa e ciò non appare illogico o arbitrario, afferendo, in realtà, alla valutazione di elementi che hanno diretto ed immediato riferimento con la prestazione richiesta con l'oggetto della gara, in termini di logica presumibilità di una migliore esecuzione della prestazione richiesta (in tal senso cfr.: Cons. di Stato, Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626; Cons. di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770; C.G.A., 22 giugno 2006, n. 296). Il collegamento all'oggetto dell'appalto, quindi, può legittimare il ricorso a criteri valutativi del merito tecnico di tipo "soggettivo" e l'utilizzo di detti criteri appare ragionevole quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici possono presentare e di cui quella in esame, avente ad oggetto non un progetto o un prodotto ma un fare, costituisce palmario esempio.

Sulla base delle considerazioni sopra espresse è possibile risolvere senza pregiudiziali astratte la problematica sollevata dall'istante - e senza peraltro entrare in contrasto con le riportate determinazioni dell'Autorità - nel senso di ritenere, nel caso di specie, che la previsione del bando contestata non presenti invero i caratteri della illegittima commistione tra requisiti soggettivi e caratteristiche oggettive dell'offerta. Per giungere a tale conclusione basti riflettere sul fatto a) che oggetto della gara era una attività di direzione dei lavori; b) che consistendo la prestazione posta a gara non in un progetto o in un prodotto ma in un fare un indice di qualità essenziale e particolarmente pregnante può reperirsi nell'aver il concorrente in passato svolto incarichi di direzione dei lavori per interventi "affini"; c) che l'importo di detti lavori è rilevante per individuare il grado di affidabilità del concorrente. Trattasi evidentemente non di caratteristiche soggettive del partecipante (che prevederle in questi termini, questo sì, avrebbe costituito una violazione del principio di libera concorrenza, restringendo troppo l'alveo dei possibili partecipanti) bensì del contenuto in termini di qualità professionale della sua offerta di direzione dei lavori, tanto più che la stessa clausola del bando specifica quale peso dare in termini di punteggio a ciascun tipo di lavoro diretto, a conferma del connotato oggettivo del precedente (ed il bando puntualizza che, appunto «saranno presi in considerazione solo incarichi riguardanti la direzione dei lavori», ad escludere un criterio meramente quantitativo di lavori pubblici cui s'è preso parte per richiedere al concorrente un livello di affidabilità garantito dalle esperienze analoghe).

In ordine all'assunta violazione sempre dell'art. 64 del D.P.R. n. 554/1999, per l'ulteriore fatto che all'offerta economica viene attribuito un peso ponderale pari al 45%, superiore al valore ammissibile del 30%, si ritiene che la normativa comunitaria e le disposizioni legislative nazionali in materia di aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consentono di affermare la non fondatezza di detta censura.

Si rileva, preliminarmente, che la direttiva 2004/18/CE prevede, nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, la piena discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nella fissazione dei criteri, purché tali criteri siano indicati nel bando di gara ed anche ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 il prezzo appare come uno tra i tanti elementi da combinare al fine di individuare l'offerta migliore (per lo più concernenti l'aspetto tecnico quali, a titolo esemplificativo: "...b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.....omissis).

La giurisprudenza amministrativa, inoltre, pur tendendo a riconoscere, nelle gare d'appalto da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la legittimità dell'attribuzione di un peso percentuale maggiore in favore dell'elemento tecnico rispetto all'offerta economica, afferma comunque, sulla base dell'art. 83 del D.Lgs. 163/2006, che la stazione appaltante, purché sia specificato nel bando di gara e nella lettera di invito, non ha limiti nella fissazione dei punteggi da attribuire per ogni aspetto della offerta economicamente più vantaggiosa. Ne deriva che anche il prezzo possa subire degli aggiustamenti in base alla formula adottata dall'Amministrazione. Le scelte concretizzate nelle clausole della lex specialis rientrano, dunque,

nella discrezionalità della stazione appaltante, che può essere sindacata in sede giudiziaria solo se manifestamente illogica o irragionevole (da ultimo TAR Lazio, Sez. III, 28 gennaio 2009 n. 630). Unico vincolo posto dal legislatore è che sia il prezzo sia gli aspetti di carattere tecnico dell'offerta siano oggetto di valutazione, atteso che l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nel 46 considerando della citata direttiva n. 18/2004, è definita quella che tende a garantire il miglior rapporto tra qualità e prezzo.

In sintesi dunque può affermarsi che quando per l'aggiudicazione della gara sia stato prescelto il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta, senza che esista un peso minimo (o massimo) predeterminato per tale elemento e purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita riconoscendosi sostanziale assoluta preminenza al c.d. merito tecnico (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 04 maggio 2007, n. 4735).

Pertanto si deve ritenere che i limiti richiamati dall'istante, previsti dall'art. 64 del D.P.R. n. 554/1999 relativamente ai fattori ponderali da attribuire ai vari elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa in caso di affidamento dei servizi di ingegneria (in particolare: valore ammissibile per l'offerta economica da 10 a 30), non possano essere interpretati come tassativi per la stazione appaltante, che altrimenti risulterebbe vincolata nell'esercizio di una discrezionalità in materia che discende dalla stessa richiamata normativa comunitaria, e che, quindi, il loro mancato rispetto non possa inficiare la legittimità della relativa clausola del bando, tanto più in un caso, come quello in esame, dove comunque, il punteggio attribuito all'offerta tecnica (punti 55) è maggiore rispetto a quello attribuito all'offerta economica (punti 45).

Infine, riguardo agli asseriti vizi del bando con riferimento alla figura del Coordinatore della Sicurezza in fase di esecuzione, segnatamente per ciò che concerne l'affermata separazione delle figure del Direttore dei Lavori e del Coordinatore della Sicurezza, secondo l'istante, dal combinato disposto degli artt. 5.1 e 5.2 del bando può desumersi che la stazione appaltante abbia illegittimamente tenute separate le due figure professionali in spregio alla previsione di cui all'art. 127 del D.P.R. 554/99 che così dispone: «le funzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori previsti dalla vigente normativa sulla sicurezza nei cantieri sono svolte dal direttore lavori. Nell'eventualità che il direttore dei lavori sia sprovvisto dei requisiti previsti dalla normativa stessa, le stazioni appaltanti devono prevedere la presenza di almeno un direttore operativo avente i requisiti necessari per l'esercizio delle relative funzioni». A sostegno della sollevata censura, l'istante cita il parere dell'Autorità 15 gennaio 2009 n. 6 in cui si afferma: «le funzioni di Coordinatore per l'esecuzione dei lavori previsto dalla normativa sulla sicurezza nei cantieri debbano essere svolte dal Direttore dei lavori, se in possesso dei requisiti previsti dalla suddetta normativa, secondo quanto disposto dall'art. 127, comma 1, del D.P.R. n. 554/99, la cui ratio è quella di concentrare l'adozione degli atti di competenza del direttore dei lavori in capo ad un unico soggetto, ai fini della certezza e celerità dell'azione amministrativa (Deliberazione n. 243/2007). La S.A., pertanto, nel caso di specie, avrebbe dovuto pubblicare un unico bando per l'affidamento ad un unico professionista dell'incarico di direzione lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori, adottando la procedura di affidamento prevista dall'art. 91, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, essendo la somma dei compensi stabiliti per gli specifici incarichi posti a gara di importo superiore a 100.000,00 euro. Ne consegue che, in tal modo, la S.A. avrebbe evitato anche di incorrere nel divieto di frazionamento artificioso degli incarichi, posto al fine di eludere l'applicazione delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non ci fosse stato, divieto sancito dall'art. 29, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006».

Tuttavia, l'attento esame del bando non depone nel senso sostenuto dall'istante, non essendo affatto espressamente prevista la detta separazione di figure professionali, ma semplicemente richiesta, al punto 5.2 E, la necessaria presenza dei requisiti professionali di cui all'art. 98 del D.Lgs. 81/2008, in ossequio alla sopra citata disposizione. Sia quest'ultima che il citato parere dell'Autorità, peraltro, statuiscono la necessità che il Direttore dei Lavori cui sia attribuito l'incarico di Coordinatore della Sicurezza abbia i relativi titoli e che i due "ruoli" devono essere contemplati in un unico bando per evitare duplicazioni: ciò che è avvenuto nel caso di specie. L'istante poi - invero un po' contraddittoriamente rispetto al punto appena affrontato oppure al solo scopo di rimarcare l'assunto frazionamento di ruoli tra il Direttore dei Lavori ed il Coordinatore della Sicurezza - lamenta che non sia stato previsto nel bando per quest'ultima figura l'aver svolto questo incarico in lavori pubblici similari, ma semplicemente il possesso dei requisiti di legge di cui al citato art. 98. Invero, deve ritenersi che prevedere tali ulteriori elementi soggettivi - con conseguente attribuzione di punteggi - sarebbe equivalso, per un verso, ad una reale ed effettiva duplicazione degli incarichi oggetto dell'appalto (ciò che non era nelle intenzioni della stazione appaltante, come è agevole dedurre dalla piana lettura delle clausole del bando); per altro verso ad un appesantimento della lex specialis giustificabile soltanto se essa fosse stata volta a selezionare in via principale un Coordinatore della Sicurezza. In ogni caso, ferma restando la ineliminabile presenza dei requisiti minimi professionali per svolgere - anche - l'incarico di Coordinatore della Sicurezza, ciò che la stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità, intendeva valorizzare (in termini di punteggio) era in primis l'esperienza acquisita come Direttore dei Lavori in campi similari a quello oggetto dell'appalto; in

linea teorica avrebbe potuto prevedere, in aggiunta a ciò, come requisito tecnico, l'esperienza acquisita come Coordinatore della Sicurezza, ma non era certo obbligata a farlo e probabilmente ciò avrebbe reso le maglie del bando troppo strette secondo un principio di proporzionalità, andando ad escludere tutti i concorrenti che non potevano vantare una doppia esperienza professionale in analoghi lavori pubblici di valore non inferiore ad un prefissato importo. Pare che la contestazione mossa dall'istante non sia idonea ad inficiare, anche sotto questo profilo, la legittimità del bando, non essendo violata alcuna disposizione di legge e rientrando la individuazione dei requisiti tecnico-organizzativi nell'alveo delle scelte discrezionali della stazione appaltante.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Sant'Eramo in Colle non è incorso in alcuna delle violazioni denunciate dall'istante partecipante alla gara con riferimento alla redazione del bando.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 febbraio 2010