

Parere n. 15 del 20/02/2013

PREC 241/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Assoroccia – “S.S. 4 – Lavori urgenti per il ripristino della funzionalità del rafforzamento corticale su pendici rocciose tra il km 151+350 ed il km 160+000” – importo a base di gara di euro 1.037.130,77 – S.A.: ANAS s.p.a.
Art. 83 del Codice – elementi per la valutazione delle offerte tecniche – localizzazione delle imprese concorrenti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 settembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale Assoroccia (Associazione nazionale dei costruttori di opere di difesa dalla caduta di massi e valanghe) ha chiesto a questa Autorità un parere in merito al bando di gara pubblicato da ANAS s.p.a. – Compartimento della viabilità per le Marche il 27 luglio 2012, per l'appalto dei lavori di ripristino del rafforzamento corticale su pendici rocciose della S.S. 4, di importo complessivo stimato pari ad euro 1.037.130,77, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'associazione istante dubita della legittimità della *lex specialis* di gara, nella parte in cui stabilisce i criteri di selezione del “Progetto tecnico, organizzativo e gestionale della commessa”. In particolare, è controversa l'attribuzione di 10 punti su 70 alla voce “localizzazione del concorrente, ubicazione di depositi e siti produttivi utilizzati per lo svolgimento dei lavori in argomento” (paragrafo IV.2. del bando, sub-elemento 1.3.), che riguarderebbe caratteristiche territoriali e soggettive del concorrente e non rientrerebbe nei parametri stabiliti dall'art.83 del Codice dei contratti pubblici, contravvenendo al principio che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi di valutazione dell'offerta. La stazione appaltante, formalmente avvisata con nota di questa Autorità del 30 ottobre 2012, ha trasmesso osservazioni scritte e ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza in epigrafe, Assoroccia contesta uno dei sub-criteri prescelti da ANAS s.p.a. per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'ambito della gara per l'appalto dei lavori di ripristino del rafforzamento corticale su pendici rocciose della S.S. 4. Il paragrafo IV.2. del bando di gara prevede l'assegnazione di un massimo di 10 punti su 70, in relazione alla “localizzazione del concorrente” ed alla “ubicazione di depositi e siti produttivi utilizzati per lo svolgimento dei lavori?”. Come è noto, in materia di offerta economicamente più vantaggiosa il legislatore nazionale si è orientato nel senso di attribuire carattere meramente esemplificativo all'elenco di criteri normativamente fissati (art. 83 del Codice dei contratti pubblici), ferma restando la loro necessaria pertinenza alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto messo a gara. Secondo la giurisprudenza comunitaria, infatti, l'Amministrazione deve individuare criteri di selezione che siano collegati all'oggetto dell'appalto, specifici ed oggettivamente quantificabili, pubblicizzati nel bando o nei documenti di gara affinché siano noti a tutti i concorrenti, rispettosi dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza (cfr. Corte Giust. CE, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*). I criteri di valutazione previsti nel bando devono, poi, essere sempre elaborati con riferimento

all'offerta e non all'azienda concorrente in quanto tale (cfr. A.V.C.P., determinazione 24 novembre 2011 n. 7). L'offerta tecnica deve essere valutata in base a criteri che abbiano una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che siano idonei a misurarne il valore, ciò che esclude che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente (cfr. Corte Giust. CE, 24 gennaio 2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis*). Il principio generale che presiede all'applicazione del divieto in esame esige la distinzione tra requisiti di natura soggettiva, richiesti ai concorrenti per partecipare alle gare, e criteri oggettivi, applicati per la valutazione e la selezione della migliore offerta. Gli aspetti organizzativi dell'impresa concorrente non possono essere considerati in quanto tali, ma al più possono rilevare come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico appalto e come parametro attinente alle caratteristiche oggettive dell'offerta.

L'Autorità si è più volte pronunciata censurando la prassi, seguita da diverse stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara clausole non conformi ai principi sanciti dal Trattato CE e richiamati dall'art. 2 del Codice di contratti pubblici, con particolare riferimento ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Tra queste, la prassi di inserire nel bando di gara clausole volte a riconoscere la preferenza di imprese operanti nel territorio in cui si dovrà svolgere l'appalto, che, il più delle volte risulta illegittima in quanto destinata a tradursi nell'ingiustificato privilegio accordato ad imprese locali (cfr., di recente, A.V.C.P., deliberazione 7 novembre 2012 n. 95). Nella fattispecie in esame, le giustificazioni addotte da ANAS s.p.a. non appaiono convincenti. Innanzitutto, il sub-punteggio riservato alla considerazione di elementi prettamente soggettivi, quali la sede dell'impresa concorrente e la localizzazione di depositi e siti produttivi, ha un'incidenza quantitativa non trascurabile sul punteggio complessivo da attribuire alle offerte tecniche (10 punti su 70). In secondo luogo, i predetti elementi di valutazione non sono in alcun modo giustificati dalla peculiarità dell'appalto, che ha ad oggetto i lavori urgenti di ripristino e consolidamento delle pendici rocciose insistenti sulla viabilità pubblica, da ultimarsi entro 120 giorni dalla consegna e per la cui esecuzione il bando richiede la qualificazione SOA nella categoria prevalente OS 12 – classifica IV. Non vi è motivo per escludere, in via presuntiva, che anche le imprese che utilizzano depositi e siti produttivi al di fuori dell'ambito territoriale nel quale saranno eseguiti i lavori potranno garantire il rispetto dei termini contrattuali per l'ultimazione delle opere e l'esecuzione dell'appalto a regola d'arte. I contestati criteri, pur non costituendo un'immediata barriera all'accesso alla procedura selettiva, possono determinare un'ingiustificato *favor* per le imprese che svolgono la loro prevalente attività nel territorio marchigiano e devono giudicarsi, per tale ragione, illegittimi. In conclusione, il parere dell'Autorità è nel senso che il bando di gara pubblicato da ANAS s.p.a. contrasta, per il profilo esaminato, con le regole normativamente poste in materia di selezione dell'appaltatore con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:
- che ANAS s.p.a. abbia illegittimamente previsto, nel bando di gara per l'affidamento dei lavori urgenti di ripristino e consolidamento delle pendici rocciose insistenti sulla viabilità pubblica, l'attribuzione di un sub-punteggio in relazione alle voci “*localizzazione del concorrente*” e “*ubicazione di depositi e siti produttivi utilizzati per lo svolgimento dei lavori*”.

Il Consigliere Relatore : Luciano Berarducci

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2013
Il Segretario Maria Esposito