

## **Parere n. 116 del 22/10/2009**

**Protocollo** PREC 66/08/S

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ing. Giusti - Affidamento dell'incarico per servizi tecnici professionali, relativi alla progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori, per il "recupero delle aree sottoposte a processi di degrado ambientale - rinaturalizzazione delle aree urbane attraversate dal torrente Melfia" - Importo a base d'asta: €133.300,00 (oltre IVA e contributi) - S.A.: Comune di Melfi (PZ).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 3 dicembre 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'ing. Giusti ha contestato la legittimità del bando di gara pubblicato dal Comune di Melfi per l'aggiudicazione dell'incarico di cui all'oggetto nella parte in cui prevede, ai fini della valutazione della professionalità dei concorrenti, come "ulteriore titolo preferenziale", "l'aver progettato interventi affini nell'ambito del comprensorio idraulico del torrente Melfia" (punto 11.2 lettera a.2, del bando di gara).

In particolare, viene evidenziato che non solo il requisito in questione costituisce un'illegittima limitazione della concorrenza, ponendo in essere una discriminazione ingiustificata tra i soggetti interessati a partecipare, ma ad esso, secondo quanto previsto nei criteri e modalità di aggiudicazione indicati dal bando, viene anche attribuito nella formula di aggiudicazione un peso ponderale rilevante (fattore ponderale 10 per il caso a.2).

Inoltre, viene evidenziato che la generica definizione del requisito in questione ne comporta un'applicazione incerta ed arbitraria da parte di chi è chiamato ad attribuire il relativo punteggio concernente la professionalità.

In ordine alla contestazione così formulata, l'istante intende conoscere il parere dell'Autorità, volto ad accertare la legittimità del requisito previsto dal bando.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale a riscontro della quale il Comune di Melfi ha rappresentato che la clausola contestata non produce, in realtà, alcuna "limitazione e discriminazione", atteso che essa non vieta la partecipazione a chi sia privo del requisito indicato, ma intende solo riconoscere, a chi ne sia in possesso, un particolare merito, in relazione al tipo di prestazione e al contesto territoriale in cui essa va inserita, trattandosi di un intervento di bioingegneria naturalistica in area dove sono presenti, in contemporanea, problematiche di degrado sia di tipo "urbano" sia di tipo "naturalistico".

Tale possibilità – è stato sottolineato – sarebbe del tutto compatibile col criterio adottato dell' "offerta economicamente più vantaggiosa", ai sensi dell'articolo 64, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999, che, nel prevedere che le offerte sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indica quali elementi da prendere in considerazione, tra gli altri, la "professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva.

## **Ritenuto in diritto**

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità attiene alla legittimità di un bando di gara nella parte in cui attribuisce ad un requisito professionale la natura di titolo preferenziale, che consente di conferire al concorrente che lo possiede un punteggio maggiore ai fini dell'aggiudicazione del contratto.

Ferma restando infatti la considerazione che nella determinazione dei requisiti di partecipazione ciascuna Stazione Appaltante detiene un'ampia discrezionalità, che consente anche di prescrivere requisiti diversi e più severi rispetto a quelli normativamente fissati, in quanto volti a perseguire uno specifico interesse pubblico, occorre accertare se la previsione di un requisito ulteriore che di per sé non impedisce la partecipazione a chi non lo detiene costituisca di fatto, attraverso il riconoscimento di una natura preferenziale, cui corrisponde una maggiorazione del punteggio di valutazione dell'offerta, una limitazione alla concorrenza e una discriminazione ingiustificata rispetto ai concorrenti che non sono in possesso di quel requisito.

Nel caso di specie, considerato che la gara è stata indetta con il criterio dell' "offerta economicamente più vantaggiosa", ai sensi dell'articolo 64, comma 2, del DPR n. 554 /1999 e che tale disposizione, al "punto a)", consente di prendere in considerazione la "professionalità" del partecipante sulla scorta di "documentazione grafica, fotografica e descrittiva, la Stazione Appaltante era legittimata a valutare adeguatamente la professionalità dei partecipanti alla gara, anche considerando le esperienze professionali svolte in precedenza.

Tuttavia, occorre accertare entro quali limiti tale specifica facoltà della Stazione Appaltante sia effettivamente realizzabile e come essa possa coordinarsi con i principi comunitari, in materia di concorrenza e di parità di trattamento, stante il fatto che la previsione di criteri valutativi che ricolleghino un titolo preferenziale ad esperienze pregresse connesse allo specifico ambito territoriale interessato dall'intervento oggetto dell'appalto, può tradursi in una lesione della concorrenza, realizzando, in modo surrettizio, le condizioni per assicurare una "preferenza diretta o indiretta" alle imprese locali.

Sul punto, l'Autorità ha già avuto modo di sostenere che "i criteri di valutazione dell'offerta, così come i requisiti di partecipazione alla gara, che privilegiano direttamente o indirettamente le imprese locali, si pongono in violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e parità di trattamento, nonché di libera circolazione, salvo il limite della logicità e della ragionevolezza, ossia della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito" (parere n. 251 del 10 dicembre 2008).

Il problema fondamentale consiste, invero, nel discriminare i casi in cui la clausola che stabilisce il criterio preferenziale costituisca espressione della facoltà – legittima – di valutare la professionalità specifica, da quelli in cui si traduca nella decisione – illegittima – di restringere la concorrenza a favore di determinate imprese.

Nel caso di specie, considerato che il punteggio attribuito al requisito preferenziale è pari a 10 sui 40 riferiti alla professionalità e tenuto conto che il requisito in questione si riferisce non a qualsiasi intervento sul comprensorio di un torrente, ma esclusivamente a quelli relativi al comprensorio del torrente Melfia, deve ritenersi che la combinazione di tali circostanze costituisca una condizione suscettibile di ledere la concorrenza (cfr. parere n. 251/2008).

Peraltro, il requisito in questione non solo integra una ingiustificata violazione del principio di concorrenza e del principio di parità di trattamento, ma non sembra nemmeno trovare una specifica motivazione nella tutela di un particolare interesse pubblico perseguito dalla Stazione Appaltante

che consenta di giustificare quel particolare riconoscimento preferenziale conferito al requisito. Infatti la il Comune di Melfi ricollega il titolo preferenziale ad una mera circostanza di fatto, la quale, mentre si traduce in un vantaggio per il concorrente che si trovi in tale condizione, non lascia trasparire il vantaggio che la stazione appaltante ricaverebbe dal riconoscimento di tale situazione.

In realtà, la “conoscenza” dell’ambito territoriale, derivante dall’aver già svolto precedenti interventi, comporta già in sede di progettazione un “vantaggio” per il concorrente. Tale “conoscenza”, infatti, può tradursi nella migliore e più adeguata attività di progettazione, la quale forma già oggetto di specifica valutazione (punto 11.2 - b.1), con valutazione “fattore ponderale 20”. E’ questa la sede di valutazione in cui la stazione appaltante può riconoscere il valore della “conoscenza” del territorio: quella in cui si accerta il miglior livello qualitativo del progetto presentato.

Al contrario, la previsione di un ulteriore “fattore ponderale 10” per il fatto di “aver progettato interventi affini nell’ambito del comprensorio idraulico del torrente Melfia”, costituisce un indubbio vantaggio solo per i concorrenti che possono vantare tale esperienza.

Ne consegue che la clausola inserita nella *lex specialis*, nel prevedere che “costituisce ulteriore titolo preferenziale l’aver progettato interventi affini nell’ambito del comprensorio idraulico del torrente Melfia”, non è conforme ai principi di concorrenza e di parità di trattamento che informano la materia dei contratti pubblici.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola in questione della *lex specialis* non è conforme ai principi in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 novembre 2009