

Parere n. 142 del 3/12/2009

Protocollo PREC 364/08/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Hiram – Servizio di pulizia e igiene ambientale per gli uffici ed immobili di Poste Italiane S.p.A. dislocati nelle regioni Calabria e Campania suddiviso in 5 lotti – S.A.: Poste Italiane S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 giugno 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Consorzio Hiram, partecipante alla gara per l'affidamento dell'appalto in oggetto, bandito da Poste Italiane S.p.A. con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, premessa l'applicabilità all'appalto medesimo del D.P.C.M. n. 117/1999, ha rilevato da parte della stazione appaltante l'inserimento di un criterio di valutazione non previsto dal citato D.P.C.M. Esso - secondo la ricostruzione dell'istante - era individuabile nella prevista possibilità per i concorrenti di presentare "Offerte aggiuntive e/o migliorative a quanto richiesto nel Capitolato". La stazione appaltante, pertanto, non avrebbe tenuto in debito conto che per gli appalti di pulizia le varianti migliorative sono escluse dal predetto D.P.C.M. n. 117/1999. Essa, inoltre, a detta del Consorzio istante, si sarebbe «inventata un metodo di calcolo tutto proprio che non tiene assolutamente in debito conto l'effettiva applicazione delle norme di sicurezza all'interno dell'azienda concorrente».

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, Poste Italiane S.p.A., con nota del 22 dicembre 2008, ha rappresentato, preliminarmente, che la procedura di gara relativamente ai lotti per i quali aveva presentato l'offerta il Consorzio istante si era da tempo conclusa e che i contratti erano già in corso di esecuzione. Quindi, ha evidenziato che detta procedura si fondava sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che, in particolare, a ciascuna offerta era assegnato un punteggio pari alla somma dei punti relativi all'Offerta Tecnica (massimo 40 punti) e dei punti relativi all'Offerta Economica (massimo 60 punti). Più precisamente, il punteggio assegnato all'Offerta Tecnica veniva attribuito in base alla somma dei punteggi conseguiti dall'offerente per tre aspetti: a) caratteristiche dell'offerente (massimo 20 punti); b) offerta tecnica, organizzativa e gestionale (massimo 14 punti); c) offerte migliorative (massimo 6 punti). Nella lettera di invito, poi, venivano adeguatamente specificati i sub-criteri di attribuzione del punteggio tecnico, precisando che, con particolare riferimento alle offerte migliorative, venivano valutati i piani migliorativi delle frequenze proposte dal concorrente rispetto a quanto richiesto in termini minimi ed irrinunciabili dal Capitolato. Al riguardo, si prevedeva che: - per le operazioni previste dal Capitolato con frequenza settimanale il concorrente poteva proporre come miglioramento due prestazioni a settimana; - per le operazioni previste dal Capitolato con frequenza bimestrale il concorrente poteva proporre come miglioramento una prestazione al mese ovvero due prestazioni al mese; - per le operazioni previste dal Capitolato con frequenza semestrale il concorrente poteva proporre come miglioramento una prestazione ogni due mesi ovvero una prestazione ogni tre mesi. E' evidente, quindi, a giudizio della stazione appaltante, che si tratta di opzioni predefinite, e non certo di varianti, finalizzate a valutare il merito tecnico-qualitativo delle offerte presentate dalle imprese. Scorrettamente, dunque,

il Consorzio istante aveva affermato che tra i criteri di valutazione delle offerte era inserito illegittimamente “Offerte aggiuntive e/o migliorative a quanto richiesto dal Capitolato”, criterio non compreso tra quelli indicati nel D.P.C.M. n. 117/1999, mentre la stazione appaltante si era attenuta alle prescrizioni di cui all’art. 2 del citato D.P.C.M., inserendo il criterio “offerte migliorative” quale “metodologia tecnico-operativa”, consistendo in una serie prefissata di maggiori frequenze del servizio incidenti sulla valutazione qualitativa della accuratezza del servizio stesso. Quanto al punteggio relativo al criterio “Sicurezza”, la stazione appaltante ha precisato che esso era basato sugli indici di Frequenza e Gravità relativi agli infortuni ed era stato definito in analogia al metodo statistico previsto dalla norma UNI 7249 “Statistiche degli infortuni sul lavoro” e che comunque, contrariamente a quanto affermato dall’istante, erano fatti salvi gli obblighi e gli adempimenti previsti dalla normativa in materia di sicurezza.

Ritenuto in diritto

Ai fini della risoluzione della questione oggetto della controversia in esame, occorre preliminarmente analizzare la disciplina stabilita dall’art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 in tema di varianti progettuali in sede di offerta, atteso che oggetto di contestazione è l’asserito inserimento tra i canoni valutativi da parte della stazione appaltante delle “Offerte aggiuntive e/o migliorative a quanto richiesto nel capitolato” in spregio, secondo il Consorzio Hiram, al disposto dell’art. 2 comma 2 del D.P.C.M. n. 117/1999, richiamato dal comma 5 dell’art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006.

In proposito, questa Autorità in una precedente deliberazione (n. 253 del 12 luglio 2003), richiamata anche dall’istante, ha avuto modo di puntualizzare che «Ai sensi dell’articolo 76 del D.Lgs. n. 163/2006 le stazioni appaltanti, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti e menzionano i requisiti minimi che le stesse devono rispettare e le modalità per la loro presentazione. Si deve preliminarmente precisare che, ove sia utilizzato detto criterio di aggiudicazione e nel contempo sia ammesso dal bando di gara proporre variazioni migliorative, assume valore decisivo, a parità di prezzo, la migliore qualità tecnica della prestazione offerta. La variazione migliorativa, tuttavia, è legittimamente ammessa sempre che sia riconducibile nella sfera delle migliori modalità esecutive del progetto base, da individuare in quelle soluzioni tecniche che consentano di realizzare quanto progettato in modo da garantire una migliore qualità delle lavorazioni dedotte in contratto, salve restando le scelte progettuali fondamentali già effettuate dall’Amministrazione [...]».

La posizione assunta dall’Autorità è invero conforme alla giurisprudenza amministrativa anche più recente. In particolare, Consiglio di Stato ha affermato che: «l’art. 24 del d.lgs. n. 157 del 17 marzo 1995 (attuativo della disciplina di cui alla direttiva 92/50/Cee) permette di presentare varianti in sede di offerta per gli appalti di servizi, facoltà che l’art. 76 del codice dei contratti pubblici ha esteso a tutti gli appalti, demandando all’Amministrazione di indicare nel bando se le varianti sono ammesse e quali i “requisiti minimi” ai quali attenersi. La possibilità di proporre variazioni migliorative significa che il progetto proposto dalla stazione appaltante può subire modifiche, purchè non si alterino i caratteri essenziali (i c.d. “ requisiti minimi”) delle prestazioni richieste dalla lex specialis per non ledere la par condicio (cfr. Cons. Stato, sez.V, 11 luglio 2008 n. 3481; id. sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149). In conformità all’ art. 24 del d.lgs n. 157 del 1995 (trasfuso nell’ art. 76 del d.lgv n. 163 del 2006), ad essere inderogabili sono i contenuti d’ insieme del progetto preliminare e non i singoli requisiti tecnici» (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1019).

Il medesimo Supremo Consesso Amministrativo, in altra occasione (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481), dopo avere rilevato che la previsione esplicita della possibilità di presentare

varianti progettuali in sede di offerta oggi è generalizzata dall'art. 76 del codice dei contratti pubblici per qualsivoglia appalto, come derivante dalle direttive comunitarie 2004/17 e 18, ha specificato che la scelta normativa del legislatore comunitario riposa sulla circostanza che, «allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici, ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti del progetto base elaborato dall'amministrazione; nel caso invece di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti.

In ogni caso deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, sia consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purchè non alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la par condicio (Consiglio di Stato, sezione IV, 11 febbraio 1999, n. 149)», (in C. Stato, cit.). Nel prosieguo il Consiglio di Stato riprende i criteri guida relativi alle varianti progettuali elaborati dalla giurisprudenza e che sono in particolare: «si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purchè non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a.;- risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata;- viene lasciato ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (cfr. anche TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II 29 ottobre 2008 n. 1480 in una fattispecie incentrata sulla differenza tra variante dell'offerta e proposta migliorativa).

Premesso quanto sopra, nel caso di specie può affermarsi che, da quanto presente in atti si evince che la stazione appaltante si è limitata ad inserire le "offerte migliorative" (attribuendo loro un punteggio massimo di sei punti) come uno degli elementi per quantificare il punteggio dell'Offerta Tecnica. Peraltro, secondo quanto riferito, si è precisato altresì quali potessero essere le offerte migliorative ammesse, consistenti in pratica in tre opzioni predefinite di aumento delle frequenze delle prestazioni previste in termini minimi dal Capitolato. Ne consegue la correttezza dell'operato della stazione appaltante, la quale – evidentemente – lungi dall'introdurre illegittimamente la possibilità di apportare varianti, ossia vere proprie modifiche alle prestazioni progettuali ancorchè rientranti nell'oggetto del contratto, ha solo utilizzato il ripetuto elemento della offerta migliorativa come criterio per valutare il livello tecnico-qualitativo delle imprese partecipanti, configurandolo quindi come "metodologia tecnico-operativa" in conformità a quanto previsto dall'art. 2 del citato D.P.C.M. n. 117/1999, e "premiare" così con un maggior punteggio i concorrenti che – fermi restando i termini minimi del Capitolato – aggiungevano prefissate prestazioni in termini di frequenze periodiche predefinite, così appunto garantendo un servizio migliore.

Quanto alla contestazione relativa ai punteggi attribuiti alla Sicurezza, essa si presenta invero molto generica, tanto da non consentirne una esatta comprensione («si è inventata un metodo di calcolo tutto proprio»). Pare invero che il riferimento – nel criterio riguardante la Sicurezza - al D.Lgs. 81/2008, sia per ciò che riguarda il necessario rispetto dei relativi obblighi ed adempimenti da parte delle imprese concorrenti, sia per il richiamo in esso contenuto alla norma UNI (Ente Nazionale Italiano di Unificazione) 7249 "Statistiche degli infortuni sul lavoro" (la norma definisce l'infortunio sul lavoro nelle sue diverse accezioni e indica i parametri e gli indicatori significativi,

utili alla conoscenza del fenomeno infortunistico soprattutto a fini di prevenzione, che permettono la comparazione dei dati a livello settoriale, territoriale e temporale) non si presti alle censure sollevate dall'istante e si presenti idoneo ed affatto fantasioso.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 dicembre 2009