

Parere n. 107 del 27/05/2010

Protocollo PREC 42/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Pratella – Lavori di costruzione della rete fognante ed impianti di depurazione alla frazione Roccavecchia superiore – Importo a base d'asta € 3.058.328,45 – S.A.: Comune di Pratella.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 gennaio 2010 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Pratella, in qualità di stazione appaltante, esponeva di aver indetto la procedura per l'affidamento dei lavori di cui in oggetto, sulla scorta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che nel corso della gara emergevano alcune problematiche relative alla necessità di escludere quattro concorrenti.

Nello specifico, la stazione appaltante riferiva che un primo concorrente, l'impresa EGAR Costruzioni, all'interno dell'offerta tecnica (Busta B) riportava, in calce ad un elaborato denominato "All. N. 1 – Relazione Illustrativa Generale delle Migliorie Previste" una quantificazione economica delle migliori proposte, dalla quale si perviene ad un ben definito "valore economico totale delle migliori".

Un secondo concorrente, l'impresa D'Angelo Costruzioni s.r.l., all'interno dell'offerta tecnica (Busta B) produceva un elaborato denominato "E.6 – Analisi Nuovi Prezzi" che indicano, per ciascuno di essi, i valori economici dei suddetti prezzi unitari.

Un terzo concorrente, l'impresa COGEME s.r.l., all'interno dell'offerta tecnica (Busta B) riportava, in calce all'elaborato descrittivo delle migliori proposte, una valutazione economica riferita ad una delle migliori offerte (il c.d. S.I.T. – Sistema Informativo Territoriale) quantificandola in termini di valore economico.

Un quarto concorrente, infine, l'impresa Giovanni Malinconico S.p.A., all'interno dell'offerta tecnica (Busta B) riportava, in calce all'elaborato descrittivo delle migliori proposte, un riferimento economico alla proposta di accollarsi gli oneri espropriativi che, di fatto, risultano esattamente quantificati economicamente all'interno del progetto posto a base di gara.

In relazione a tali profili di criticità il Comune di Pratella richiedeva se fosse fondata la procedura di esclusione dei suddetti concorrenti in relazione a quanto disposto dal disciplinare di gara (pagg. 14-15), laddove non appare consentito formulare all'interno dell'offerta tecnica valutazioni economiche di alcun genere.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità le sopra indicate imprese, interessate dai rilievi richiamati, formulavano controdeduzioni a contrasto della paventata sussistenza di elementi di esclusione, evidenziando, in particolare, che il divieto di formulare valutazioni economiche è riportato dal disciplinare di gara, a pag. 14, solo ai punti b.2), b.3) e b.4)

con riguardo agli elaborati denominati, rispettivamente, “Computo Metrico (non estimativo)”, “Sommario del Computo Metrico (non estimativo)” e “Quadro di Raffronto (non estimativo)”, che sono stati correttamente redatti e presentati senza fare alcun riferimento ai prezzi, né unitari né totali, mentre nulla è prescritto dalla *lex specialis* di gara in merito alla ulteriore documentazione che i concorrenti ritengono indispensabile fornire nelle proprie proposte tecniche.

Ritenuto in diritto

Le quattro questioni controverse sottoposte a questa Autorità con l’istanza di parere in oggetto riguardano tutte il medesimo profilo problematico, concernente l’ammissibilità della quantificazione economica, in sede di offerta tecnica, delle migliorie proposte.

In linea generale, va ribadito 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.

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.

Attiene ai compiti della Commissione di gara valutare la rispondenza delle varianti ai livelli prestazionali stabili dal progetto posto a base di gara.

Alla variante progettuale migliorativa non può non corrispondere, nell’offerta economica, la relativa voce di nuovo prezzo o la modifica delle quantità nelle lavorazioni già previste nella lista delle categorie ovvero il non utilizzo di determinate lavorazioni. E’, pertanto, conforme alla normativa vigente l’offerta del concorrente che, in relazione alle varianti migliorative introdotte nell’offerta tecnica, valutate dalla Commissione di gara coerenti con il progetto, ha conseguentemente introdotto nuovi prezzi nell’offerta economica (cfr. ad es. deliberazione dell’Autorità n. 253 del 12 luglio 2007).

Nel caso di specie la *lex specialis* consente tali migliorie, purché le stesse non vengano a stravolgere natura e finalità dei documenti di progetto. Peraltro, ai punti b.2), b.3) e b.4) il disciplinare di gara prevede espressamente che, nell’ambito della busta contenente l’offerta tecnica, in sede di Computo Metrico, Sommario del Computo Metrico e Quadro di Raffronto non si debba fare alcun riferimento, pena l’esclusione dalla gara, ai relativi prezzi, sia unitari che totali.

In proposito si deve rilevare che tale divieto, oltre ad essere conforme ai richiamati principi già espressi da questa Autorità, a tenore dei quali è consentita la specificazione dei nuovi prezzi purché ciò avvenga nell’ambito della busta contenente l’offerta economica, trova la propria *ratio* nell’esigenza di garantire il rispetto degli essenziali principi di *par condicio* e piena segretezza dell’offerta economica.

Con particolare riferimento alla questione della segretezza delle offerte economiche questa Autorità ha in più occasioni chiarito (cfr. da ultimo parere n. 97 del 8 ottobre 2009) che, in termini generali si configura quale violazione di tale principio l’inserimento di elementi concernenti l’offerta economica all’interno della busta contenente l’offerta tecnica, in quanto la commistione così

operata tra profilo tecnico ed economico è di per sé idonea ad introdurre elementi perturbatori della corretta valutazione da parte della Commissione di gara.

Ne consegue, con riguardo al caso di specie, che, indipendentemente da una espressa previsione a pena di esclusione da parte della *lex specialis* di gara, sussiste in capo al concorrente il divieto di riportare qualsiasi valorizzazione economica di elementi che compongono l'offerta tecnica, anche se a supporto di eventuali varianti, in quanto tale divieto risponde alla generale finalità di garantire il rispetto del principio di autonomia dell'apprezzamento discrezionale dell'offerta tecnica rispetto a quello dell'offerta economica, occorrendo appunto evitare che nell'offerta tecnica siano contenuti dati che consentano già di individuare le positive ricadute economiche derivanti dalle varianti presentate. Ciò impone, altresì, di prescindere dalla circostanza dell'idoneità del dato economico prospettato a consentire la ricostruzione del prezzo indicato nell'offerta economica.

In coerenza con quanto sopra richiamato, in analoghe fattispecie giurisprudenziali è stato reputato legittimo il provvedimento di esclusione dalla gara dell'impresa che nella documentazione dell'offerta tecnica presenti elaborati contenenti il riferimento ai prezzi unitari dei nuovi prezzi introdotti con la variante al progetto definitivo (cfr. ad es. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 04 giugno 2009, n. 5393).

In definitiva, va espresso il seguente principio: le offerte economiche, nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, devono restare segrete per tutta la fase procedimentale per evitare che gli elementi di valutazione aventi carattere automatico (quali il prezzo) possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali; conseguentemente ove dovesse esistere siffatta commistione sarebbe violata la regola della *par condicio*, espressamente sancita dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici. Pertanto, costituisce violazione degli essenziali principi della *par condicio* tra i concorrenti e di segretezza delle offerte l'inserimento, da parte delle imprese partecipanti alla procedura di gara, di elementi concernenti l'offerta economica all'interno della busta contenente l'offerta tecnica.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dei concorrenti che hanno formulato valutazioni economiche all'interno dell'offerta tecnica è conforme ai principi e alla normativa vigente di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2010