

Parere n. 133 del 07/07/2010

PREC 90/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ANCE Confindustria Catania – Progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere e delle forniture necessarie per la realizzazione del primo stralcio del complesso polifunzionale per la Polizia di Stato nella città di Palermo – Importo a base d'asta € 23.989.290,14 – S.A.: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 dicembre 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la sezione locale di Catania dell'ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili) ha contestato le previsioni contenute nel bando (punto 9) e nel disciplinare di gara (punti 18 e 19) nelle parti in cui indicano, tra gli elementi convenzionali ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa "*l'incremento della garanzia definitiva ex art. 113 D.Lgs. n. 163/2006*", assegnando a tale elemento il punteggio massimo di 20/100 punti.

In proposito, L'ANCE di Catania ha sostenuto che la stazione appaltante dovrebbe valutare l'offerta in base a criteri che abbiano diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servano a misurare il valore dell'offerta stessa con riferimento alle sue qualità intrinseche od oggettive; pertanto, includere tra gli elementi di valutazione dell'offerta anche l'incremento della garanzia definitiva, la cui misura è peraltro tassativamente prescritta per legge (art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006) sarebbe irragionevole, rappresentando un elemento di discriminazione tra i concorrenti e di violazione del principio della massima partecipazione.

Con successiva integrazione, datata 15 aprile 2010, l'Associazione medesima ha chiesto altresì di valutare l'ulteriore profilo di illegittimità derivante dalla richiesta di produzione del Nulla Osta Segretezza (NOS) al progettista incaricato della redazione del progetto esecutivo, asserendo che tale NOS non potrebbe essere mai richiesto direttamente a singoli interessati e che la richiesta dello stesso quale requisito di partecipazione e non di sola esecuzione del contratto sarebbe restrittiva della concorrenza.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante, oltre a riferire sulla prosecuzione della gara, ha sostenuto la piena legittimità delle clausole in contestazione, atteso che la *lex specialis* può prevedere elementi dell'offerta che non sono stabiliti dalla normativa vigente, ma che non siano in contrasto con essa, e che il meccanismo premiale previsto consente, per un verso, di conseguire una maggior tutela per l'Amministrazione quando i ribassi economici sono particolarmente alti da rendere antieconomico l'appalto e, per altro verso, di individuare non solo la "migliore offerta" ma anche la "migliore impresa".

Ritenuto in diritto

Le questioni controverse sottoposte a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto riguardano due distinti profili di presunta illegittimità della *lex specialis* di gara. La prima contestazione investe previsioni del bando (punto 9) e del disciplinare di gara (punti 18 e 19) nelle parti in cui indicano, tra gli elementi convenzionali ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa "*l'incremento della garanzia definitiva ex art. 113 D.Lgs. n. 163/2006*", assegnando a tale elemento il punteggio massimo di 20/100 punti. La seconda eccezione sollevata riguarda la richiesta di produzione del Nulla Osta Segretezza (NOS) al progettista incaricato della redazione del progetto esecutivo.

In ordine al primo profilo di illegittimità rilevato occorre ricordare, in via di inquadramento generale, che l'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, nel disciplinare le "*Garanzie a corredo dell'offerta*" prevede due distinte formalità di carattere garantistico a carico delle imprese: la prima è la c.d. garanzia provvisoria (commi 1-7 e 9), che è finalizzata a garantire l'impegno dell'aggiudicatario di sottoscrivere il contratto ed è automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del medesimo, mentre ai non aggiudicatari è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e può assumere la forma di una cauzione o di una fideiussione, a scelta dell'offerente; la seconda è la c.d. garanzia definitiva (comma 8), che è destinata ad assicurare l'esecuzione del contratto e che dovrà essere prestata "*qualora l'offerente risultasse affidatario*", per cui la sua compiuta disciplina è propriamente contenuta nell'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, significativamente inserito nella parte dei principi concernenti l'esecuzione del contratto.

Si tratta, dunque, di due garanzie tra loro ben distinte e disciplinate da norme diverse, anche se entrambe definite garanzie a corredo dell'offerta.

Come già chiarito da questa Autorità (cfr. parere n. 186 del 12 giugno 2008), a fronte del tenore del comma 8 dell'art. 75 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006, il quale prevede che "*l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario*", risulta evidente che tale impegno ha essenzialmente la funzione di garantire la stazione appaltante dalla mancata esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicatario ed è propriamente volta a coprire gli oneri per il mancato o inesatto adempimento di tutte le obbligazioni comunque connesse al contratto d'appalto "*e perciò anche di quelle che comportano prestazioni da parte dell'appaltatore nei confronti di terzi al cui adempimento l'amministrazione è comunque interessata sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico generale*" (determinazione dell'Autorità n. 7 del 28 aprile 2004).

Proprio in considerazione della richiamata funzione della cauzione definitiva, prima dell'individuazione del soggetto affidatario dell'appalto, l'offerente non ha l'obbligo di prestare una vera e propria garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, ma solo quello di corredare l'offerta da un impegno di un fideiussore a rilasciarla. Infatti, solo l'esecutore del contratto è effettivamente obbligato, ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, a costituire la cauzione definitiva, per la quale, peraltro, la richiamata norma imperativa del Codice dei contratti pubblici determina puntualmente l'ammontare, fissandolo, in via ordinaria, al "*10 per cento dell'importo contrattuale*", e stabilendo altresì che "*In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento.*". La norma stessa, dunque, prevede ipotesi tipiche e tassative di innalzamento del parametro percentuale fissato per la garanzia definitiva, che non avrebbe senso stabilire se la misura base potesse determinarsi discrezionalmente da parte dei concorrenti o da parte della stazione appaltante (in tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. II, parere 19 febbraio 2003, n. 2222 reso su analoga disposizione contenuta nell'allora vigente art. 30 della legge n. 109/1994).

Conseguentemente, le previsioni contenute nel bando (punto 9) e nel disciplinare di gara (punti 18 e 19) nelle parti in cui indicano, tra gli elementi convenzionali ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa "*l'incremento della garanzia definitiva ex art. 113*

D.Lgs. n. 163/2006”, assegnando a tale elemento il punteggio massimo di 20/100 punti, appaiono innanzitutto contrastare con la richiamata disciplina di cui all’art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, che determina in via diretta e puntuale l’ammontare di tale garanzia.

Si evidenzia, inoltre, che secondo un costante orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale (da ultimo, cfr.: Corte di Giustizia C.E. 24 gennaio 2008, C- 532/06; Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2009, n. 5105; Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971) il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all’art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, mira incontrovertibilmente a premiare il merito tecnico dell’offerta oggettivamente considerata, per cui la sua corretta applicazione richiede che gli elementi di valutazione prescelti dalla stazione appaltante siano tali da evidenziare un maggior pregio della offerta stessa con riferimento alle sue qualità intrinseche od oggettive. Contraddice, pertanto, tale logica la previsione di un rilevante punteggio per elementi che nulla hanno a che vedere con il suddetto merito tecnico dell’offerta, come verificatosi nel caso in esame, in cui la *lex specialis* di gara individua quale elemento di valutazione dell’offerta il suddetto incremento della garanzia definitiva ex art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, che non può ritenersi indicativo della “qualità” dell’offerta oggettivamente considerata, stante la descritta funzione di detta garanzia per la fase esecutiva del contratto, attribuendo peraltro a tale elemento ben 20 punti massimi su 100.

In proposito, nella medesima ottica appare criticabile l’intenzione dichiarata dalla stazione appaltante di individuare attraverso il suddetto meccanismo premiale non solo la “migliore offerta” ma anche la “migliore impresa”, in quanto la specifica finalità che il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa mira a perseguire è propriamente quella di selezionare l’offerta migliore attraverso una pluralità di elementi, anche qualitativi e non solo il prezzo (come, ad esempio, il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, ecc.), di carattere necessariamente oggettivo, mentre la bontà assoluta dell’impresa viene garantita sotto il diverso profilo dei requisiti soggettivi di partecipazione (quali, ad esempio, le pregresse esperienze professionali).

Anche per quanto riguarda la seconda contestazione sollevata, concernente la richiesta del Nulla Osta Segretezza (NOS) del progettista incaricato della redazione del progetto esecutivo, appare non del tutto compatibile rispetto alla disciplina vigente ed alla relativa *ratio* la previsione di tale elemento quale requisito di partecipazione.

In generale, il certificato NOS è disciplinato dal D.P.C.M. 7 giugno 2005 (e da ultimo dal D.P.C.M. 3 febbraio 2006) il quale, all’art. 2, prevede che il NOS *“consente alla Pubblica amministrazione, alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all’ente, all’associazione, all’organismo, già legittimati alla trattazione di informazioni classificate, di poter impiegare una persona, in attività che comportano la necessità di trattare informazioni classificate «segretissimo» «segreto» o «riservatissimo»”*

La Pubblica Amministrazione, le ditte individuali, le società, le persone giuridiche di diritto privato, gli enti, le associazioni e gli organismi legittimati alla trattazione di informazioni classificate definiscono, sulla base dei rispettivi ordinamenti interni ed esigenze funzionali, gli incarichi che comportano, ai fini del rilascio dei NOS, l’effettiva necessità di trattare informazioni classificate “Segretissimo” “Segreto” o “Riservatissimo”.

Si evidenzia, al riguardo, che, come già statuito da questa Autorità (parere n. 41 del 2 aprile 2009), l’amministrazione appaltante non avrebbe dovuto prevedere il NOS come requisito di partecipazione alla procedura di gara in oggetto, determinando una siffatta richiesta una restrizione dell’accesso alla gara e, conseguentemente, una limitazione della concorrenza, ma, più correttamente, avrebbe dovuto limitarsi a richiedere il predetto certificato come requisito di esecuzione del contratto, dal momento che esso attiene alla fase di svolgimento del contratto di appalto oggetto di affidamento.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le previsioni della *lex specialis* in contestazione non siano compatibili con la vigente disciplina di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 luglio 2010