

Parere n.166 del 21/09/2011

PREC 70/11/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'Associazione Ascoteco – Gara per l'affidamento dei servizi di verifica della progettazione preliminare e definitiva e della verifica-validazione del progetto esecutivo relativo ai lavori di realizzazione della nuova sede centrale del Corpo Regionale dei Vigili del Fuoco e della Protezione Civile nel Comune di Pollen - Importo a base d'asta € 265.000,00 - S.A.: Regione Autonoma Valle d'Aosta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 marzo 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l'Associazione Ascoteco ha chiesto un parere circa la legittimità del bando di gara indetto dalla Regione Autonoma Valle d'Aosta nella parte in cui prevede, per l'affidamento dei servizi in oggetto, il criterio del prezzo più basso anziché quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'istante sostiene che, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto, che è articolato e complesso, la stazione appaltante avrebbe dovuto scegliere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in linea con quanto disposto all'art. 81, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui la discrezionalità nella scelta tra i due criteri di valutazione delle offerte è una discrezionalità orientata, dovendo la stazione appaltante tenere conto, appunto, delle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto. Al riguardo, l'Associazione Ascoteco segnala la determinazione n. 5/2010 di questa Autorità.

Altra asserita illegittimità riguarda l'individuazione dei soggetti ammessi alla gara, per cui, secondo quanto si legge nell'istanza di parere in oggetto, gli atti di gara sarebbero viziati nella parte in cui ammettono alla procedura "Organismi di controllo accreditati ai sensi delle norme europee UNI CEI EN ISO/IEC 17020 sia i tipo A) che di tipo C).

Al riguardo va preliminarmente rilevato che mentre l'importo del corrispettivo per l'espletamento del servizio è di € 265.000,00, l'importo dei lavori progettati è di € 40.000.000,00. Pertanto, l'istante afferma che solo gli organismi di ispezione di tipo A) avrebbero dovuto essere ammessi alla gara in quanto *"forniscono quelle garanzie di idoneità professionale ed assoluta imparzialità ed indipendenza, che assicurano l'esecuzione del servizio di verifica e di validazione della progettazione nelle migliori condizioni richieste dalla legge per i progetti delle opere più importanti e complesse relativi a lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro. Viceversa, gli Organismi di controllo di tipo C), secondo la definizione della stessa norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020, sono coinvolti nella progettazione, realizzazione, fornitura, installazione, uso e manutenzione degli oggetti dell'attività ispettiva, di tal che per poter essere ammessi all'attività di verifica progettuale di lavori pubblici, in base all'art. 48 del D.P.R. 207/2010 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.Lgs. n. 163/2006) devono garantire*

l'assoluta separazione, sul piano tecnico, procedurale, amministrativo e finanziario, tra le attività ispettive ed altre attività con queste potenzialmente conflittuali. Tali organismi devono aver costituito al proprio interno una struttura tecnica autonoma dedicata all'attività di verifica dei progetti, in cui sia accertata, mediante l'accreditamento, l'applicazione di procedure che ne garantiscano l'indipendenza e l'imparzialità".

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 13 aprile 2011, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato facendo presente di aver adottato il criterio del prezzo più basso in quanto, essendo ammessi alla gara esclusivamente i soggetti accreditati ai sensi della normativa europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020, la qualità del servizio che questi possono prestare non può che essere di alto livello.

A riprova di ciò si evidenzia come alla base del ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa vi sia l'opportunità di selezionare il concorrente in riferimento sia alla sua attitudine a fornire la prestazione sia alla sua organizzazione, cosa che nel caso di specie, per i motivi esposti, non appare necessaria.

Circa, invece, il secondo motivo di doglianza, la stazione appaltante specifica che il Codice non contiene alcun riferimento all'impossibilità di ammettere organismi di controllo accreditati ai sensi della normativa europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020 di tipo C).

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame attiene la legittimità della scelta operata dalla stazione appaltante circa il criterio di aggiudicazione dell'appalto indetto per l'affidamento dei servizi in oggetto nonché la asserita illegittimità degli atti di gara nella parte in cui ammettono alla procedura, oltre agli organismi di controllo accreditati ai sensi della normativa europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020 di tipo A), anche quelli di tipo C).

Con riferimento al primo motivo di doglianza, occorre ribadire, come affermato dalla giurisprudenza più recente (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2010 n. 8408), che rientra nei poteri discrezionali dell'amministrazione appaltante operare la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base alle caratteristiche dell'appalto, avendo di mira unicamente la garanzia della libera concorrenza e la selezione della migliore offerta (Corte di Giustizia C.E. sent. 7 ottobre 2004, in causa C- 247/02, Cons. St. Sez. IV, 23.settembre 2008, n.4613, Sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404). Da tale principio discende la sindacabilità del criterio prescelto solo in caso di manifesta illogicità, inadeguatezza o travisamento.

La scelta tra i suddetti criteri, che sono quindi astrattamente equiordinati, deve orientarsi tenendo presente l'unicità e l'automatismo del criterio del prezzo più basso e la pluralità e variabilità dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc.

Pertanto, è da considerare manifestamente illogica la scelta del criterio del prezzo più basso quando la legge di gara attribuisca rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta, in riferimento al particolare valore tecnologico delle prestazioni, al loro numero, al livello quantitativo e qualitativo dei servizi di formazione del personale e di manutenzione delle apparecchiature. In questi casi, la pluralità di elementi presi in considerazione dalla *lex specialis* si pone in contrasto con la caratteristica unicità del criterio del prezzo più basso comportando la violazione degli articoli 81 e

82 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Nel caso di specie, la gara pubblica ha per oggetto l'affidamento dei servizi di verifica della progettazione preliminare e definitiva e di verifica - validazione del progetto esecutivo relativi ai lavori di realizzazione della nuova sede centrale del Corpo Regionale dei Vigili del Fuoco e della protezione civile. Alla procedura avviata dalla Regione Autonoma della Valle d'Aosta possono partecipare soltanto gli organismi di controllo di tipo A) e di tipo C) accreditati ai sensi della normativa europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020.

Ne consegue che le qualità professionali dei possibili affidatari del servizio sono già state a monte vagliate dalla stazione appaltante, laddove lo stesso capitolato, all'art. 5, individua i soggetti ammessi a partecipare; per cui non hanno alcun peso, sulla valutazione qualitativa dell'offerta, le modalità ed i mezzi proposti per l'esecuzione della prestazione consistente esclusivamente nella verifica di conformità delle soluzioni progettuali da esaminare alle specifiche disposizioni contenute negli elaborati progettuali dei livelli già approvati.

Infatti, coerentemente con i principi espressi dalla giurisprudenza, l'Amministrazione interessata ha ribadito che la qualità della prestazione sarebbe assicurata dai requisiti di accreditamento dei soggetti ammessi alla gara.

Nè appare condivisibile l'argomentazione dell'istante secondo la quale la scelta del criterio di aggiudicazione ancorato alla sola valutazione economica dell'offerta esporrebbe la stazione appaltante ai possibili eccessi di ribasso poiché gli strumenti giuridici, connessi alla individuazione ed alla valutazione delle offerte anomale, sono di per sé in grado di porre rimedio ai possibili rischi in tal senso.

Giova, infine, rilevare che quanto affermato da questa Autorità con la determinazione n. 5 del 27 luglio 2010 non solo risulta coerente ed in linea con la suindicata giurisprudenza del Consiglio di Stato, ma soprattutto non enuncia affatto un divieto assoluto circa la scelta del criterio di aggiudicazione basato sul prezzo. Tale determinazione si limita, in maniera alquanto generica (quindi da verificare caso per caso), ad esprimere una mera preferenza.

Ciò induce a ritenere che il contenuto della prestazione, desumibile dall'art 2 del disciplinare di gara, oggetto dell'affidamento in questione non è in grado di far evidenziare da un punto di vista qualitativo l'offerta proposta dai concorrenti.

Riguardo alla supposta illegittimità della previsione del bando che ammette alla gara organismi di controllo di tipo C), l'istante evidenzia che la stessa previsione sarebbe in contrasto con la lettera dell'art. 112, comma 5, lett. a) del D.Lgs n. 163/2006. Tale norma escluderebbe gli organismi di controllo di tipo C), i quali, secondo la definizione della stessa norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020, sono coinvolti nella progettazione, realizzazione, fornitura, installazione, uso e manutenzione degli oggetti dell'attività ispettiva.

L'argomento non può essere condiviso poiché la norma citata afferma soltanto che:

“Con il regolamento sono disciplinate le modalità di verifica dei progetti, attenendosi ai seguenti criteri:

a) per i lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro, la verifica deve essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;...”

Quanto sopra, quindi, a significare che il legislatore non ha inteso distinguere, almeno nella previsione del Codice, tra organismi di tipo A) e organismi di tipo C) ai fini dell'ammissione alle

gare del tipo di quella in oggetto. Il riferimento, infatti, ad organismi di tipo A) ed organismi di tipo B) è presente nel solo D.P.R. n. 207/2010 che, alla data della procedura in oggetto, non era ancora entrato in vigore. Va poi rilevato che l'art. 48 dell'attuale regolamento di attuazione del Codice, senza distinguere tra Organismi di tipo A) e di tipo C), specifica che questi, per garantire l'indipendenza e l'imparzialità nella verifica dei progetti, e quindi l'assoluta separazione tra le attività ispettive ed altre attività con queste potenzialmente conflittuali, sono tenuti a costituire al proprio interno una struttura tecnica autonoma dedicata proprio all'attività di verifica dei progetti.

E proprio a tale riguardo non è senza rilievo la circostanza che l'art. 5 del disciplinare di gara in oggetto richiedeva che “gli organismi di controllo di tipo A) e di tipo C) accreditati ai sensi della normativa europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020... dovessero aver costituito al loro interno una *“struttura tecnica autonoma dedicata all'attività di verifica dei progetti, in cui sia accertata, mediante l'accreditamento, l'applicazione di procedure che ne garantiscano l'indipendenza e l'imparzialità”*”.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione dell'art. 8 del disciplinare di gara sia legittima e che pertanto l'esclusione dalla gara della MTA Servizi srl sia conforme alla normativa di settore ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito