

Parere n.196 del 10/11/2011

PREC 69/11/L-F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla TEQ SA – “*Procedura aperta per l’appalto della progettazione, fornitura e posa in opera, garanzia e manutenzione di un sistema di Infoparking di indirizzamento e guida ai parcheggi della Città di Monza*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 664.526,66 – S.A.: TPM S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 marzo 2011 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la società TEQ SA ha chiesto un parere in merito alla legittimità della procedura indetta dalla TPM S.p.A. per l’affidamento dell’appalto in oggetto. Più specificamente, l’istante lamenta la violazione degli artt. 14 e 83 del D.Lgs. n.163/2006;

1. Con riferimento alla prima delle disposizioni sopra richiamate, viene contestato il fatto che la stazione appaltante, nonostante abbia qualificato l’appalto in parola come appalto misto di forniture e lavori, quantificando in euro 467.511,66, oltre IVA, la base d’asta per la fornitura, e in euro 187.015,00, oltre IVA, la base d’asta per le necessarie opere civili e di posa in opera, abbia poi richiesto, a pena di esclusione, requisiti di idoneità professionale e di capacità tecnica connaturati agli appalti di lavori, quale l’attestazione SOA per le categorie OG3 e OS19.

2. Rispetto, invece, alla violazione dell’art. 83 del Codice dei contratti, l’istante specifica che il criterio di aggiudicazione adottato *ex art.* 83 del D.Lgs. n. 163/2006 (offerta economicamente più vantaggiosa), confliggerebbe con l’asserita neutralizzazione del punteggio massimo assegnabile all’offerta economica (p. 35/100).

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 13 aprile 2011, la S.A., nel ribadire la legittimità del proprio operato, ha voluto precisare che la procedura in questione rientra nell’ambito di un progetto presentato in compartecipazione con il Comune di Monza, teso al miglioramento della mobilità nell’ambito cittadino.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura di gara indetta dalla società per azioni TMP per l’affidamento dell’appalto in oggetto.

1. Il nucleo centrale della prima questione posta all’attenzione di questa Autorità attiene, a monte, alla questione se sia più corretto assimilare l’appalto in discussione ad una fornitura o ad un appalto misto, con prevalenza della fornitura di componenti rispetto al lavoro occorrente per l’assemblaggio e l’installazione di manufatti (come ha ritenuto la stazione appaltante nel caso di specie) oppure inquadralo nell’ambito di un appalto di lavori, più specificamente di costruzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità.

Naturalmente la questione non è assolutamente pacifica, dal momento che, nella fattispecie, sono ravvisabili elementi ed argomenti a favore dell'una e dell'altra tesi, in definitiva dovendo stabilirsi se debba ritenersi prevalente la *res* (il materiale fornito), ovvero il "prodotto finale", vale a dire l'*opus* che risulterà dal lavoro necessario per l'installazione.

Che debba ritenersi corretta la soluzione che intravede nell'appalto di specie non una fornitura, quanto piuttosto un appalto di lavori, militano ragioni che prendono in considerazione, in primo luogo, la circostanza, indubbia e pacifica, che l'esecuzione di un appalto del genere dà come risultato un *opus* affatto rilevante *ex se*, al di là del fatto che esso sia ottenuto mediante assemblaggio di elementi prefabbricati, e che il valore economico della fornitura dei materiali prefabbricati superi quello dei lavori occorrenti per l'installazione.

La disciplina applicabile ai cosiddetti contratti "misti" è attualmente dettata dall'art. 14 del D. Lgs. n.163/2006 che, per quanto ne occupa, così recita: "(...) 2. *I contratti misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, o concessioni di lavori, secondo le disposizioni che seguono: a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione, è considerato un «appalto pubblico di forniture»; (...). 3. Ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto (...)*".

Dalla norma sopra esposta si evince (come chiarito nella determinazione di questa Autorità n.22/2003), che nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà, contenuto nelle direttive comunitarie, è integrato con il criterio della prevalenza economica, per cui la normativa in tema di lavori pubblici va applicata in entrambi i seguenti casi : 1. in tutti i casi in cui l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico, cioè quando la sua funzione, ossia il risultato utile che dallo stesso l'amministrazione pubblica intende conseguire, è quella della realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità; in tal caso, pur se sono previsti servizi o forniture, anche di valore economico prevalente, essi conservano una funzione meramente strumentale (c.d. criterio funzionale); 2. nei contratti misti veri e propri (cioè aventi ad oggetto lavori e servizi o lavori e forniture), laddove la prestazione di lavori assuma rilievo economico superiore al 50% del complessivo contratto (ancorchè la prestazione relativa ai lavori sia ritenuta funzionalmente subvalente).

Il bando di gara in oggetto riguarda la installazione di un sistema di indirizzamento degli automobilisti alle varie aree di parcheggio, in struttura o gestite a barriera, con relativa indicazione visiva del numero di posti auto disponibili nei vari siti di sosta. Si tratta, cioè, di un intervento del tutto simile alla fornitura e posa in opera di beni inerenti la segnaletica stradale, per il quale la citata determinazione n.22/2003 ha previsto che, in applicazione della fattispecie descritta al punto n.1, debba trovare applicazione la normativa sui lavori pubblici.

Questo in quanto, nell'ambito complessivo dell'intervento di che trattasi, la posa in opera risulta più importante, anche se meno costosa della fornitura dei beni strumentali.

Si ricorda, inoltre, come considerazione assorbente che, già nell'atto di regolazione n.5/2001 di questa Autorità, si è affermato che, in ogni caso in cui sia configurabile un'attività prevista dalle declaratorie dell'allegato A al DPR 34/2000, relativo alla qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici, la funzione caratterizzante da riconoscere al contratto è da individuare nella realizzazione dell'opera o del lavoro, che costituiscono l'oggetto principale del contratto (anche se le descrizioni fanno riferimento a forniture e posa in opera).

Orbene, la categoria OS19 (*Impianti di reti di telecomunicazione e di trasmissione dati*) prevista in tale allegato riguarda, per l'appunto, *“la fornitura, il montaggio e la manutenzione o ristrutturazione di impianti di commutazione per reti pubbliche o private, locali o interurbane, di telecomunicazione per telefonia, telex, dati e video su cavi in rame, su cavi in fibra ottica, su mezzi radioelettrici, su satelliti telefonici, radiotelefonici, televisivi e reti di trasmissione dati e simili, qualsiasi sia il loro grado di importanza, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, da realizzarsi, separatamente dalla esecuzione di altri impianti, in opere generali che siano state già realizzate o siano in corso di costruzione”*, e la categoria generale OG3 (*Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari, e piste aeroportuali, e relative opere complementari*) riguarda *“la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi a rete che siano necessari per consentire la mobilità su "gomma", "ferro" e "aerea", qualsiasi sia il loro grado di importanza, completi di ogni opera connessa, complementare o accessoria anche di tipo puntuale, del relativo armamento ferroviario, nonché di tutti gli impianti automatici, elettromeccanici, elettrici, telefonici, elettronici e per la trazione elettrica necessari a fornire un buon servizio all'utente in termini di uso, informazione, sicurezza e assistenza...”*.

Legittimi, a maggior ragione, debbono ritenersi - ciò che rileva maggiormente ai fini della verifica dell'interesse strumentale dell'istante ad una eventuale ripetizione della gara - i requisiti di capacità tecnica richiesti nella fattispecie alle imprese partecipanti, delle quali viene pretesa la qualificazione nelle menzionate categorie di lavori (OG3 e OS19).

Va, peraltro, considerato *a fortiori* che lo stesso art. 14 del D.Lgs. n.163/2006 contiene, nel suo ultimo comma, una clausola di chiusura che renderebbe ulteriormente vana ogni ragione contraria dell'istante, quand'anche si volesse propendere per la natura mista del contratto in oggetto. Essa così recita: *“L'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza”*.

A medesime conclusioni si perverrebbe argomentando dall'atto di regolazione di questa Autorità n.5/2001, secondo cui *“...in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente, di forniture, ma detto appalto non muta natura quando l'opera si realizza o si modifica per consentire un'attività che costituisce finalità della iniziativa della pubblica amministrazione”*.

Di conseguenza, le ragioni sub 1) sottese all'istanza di parere in argomento si manifestano infondate.

2. A medesime conclusioni (sfavorevoli all'istante) si perviene in merito alla asserita violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, *sub specie* di postulata “neutralizzazione del punteggio massimo assegnabile all'offerta economica”, per cui, a fronte del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si prevede un punteggio fino a 65 punti per l'offerta tecnica ed un punteggio fino a 35 punti per l'offerta economica. Sicché, adottando la formula matematica prevista dall'art. 17 del disciplinare di gara, si giungerebbe a comprimere il *range* valutativo della componente economica da 35 punti ad un massimo di 10,5 punti (in presenza di uno sconto del 30% sul valore dell'appalto).

In buona sostanza, con tale censura l'istante lamenta l'incongruità della formula matematica individuata nella *lex specialis* di gara per l'attribuzione del punteggio ai concorrenti in relazione al prezzo offerto; a suo dire, tale formula determinerebbe uno schiacciamento dell'elemento prezzo (cui sono destinati, nel bando, fino ad un massimo di 35 punti percentuali) ed in definitiva la sua “neutralizzazione” rispetto alla valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta (per la cui

valutazione il seggio di gara dispone dei 65 punti residui), secondo il meccanismo selettivo proprio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche tale censura è infondata. La stessa, infatti, risulta articolata sulla base delle previsioni di sconto sul prezzo a base di gara in concreto praticabile dai concorrenti; ma è fin troppo evidente che la congruità di un meccanismo matematico distributivo di punteggio, divisata in astratto, va concretamente calzata sulle scelte compiute dai concorrenti in sede di confezionamento della componente economica delle offerte.

Ora, non par dubbio come, a fronte della effettiva consistenza di un'offerta di massimo ribasso, la formula matematica prescelta dalla stazione appaltante sia in grado di assicurare una ampia graduazione del punteggio sull'elemento prezzo dato che, assegnato il massimo punteggio (35) alla migliore offerta, le altre offerte ottengono un punteggio proporzionalmente inferiore; il che è sufficiente per inferire la piena congruità e coerenza intrinseca del meccanismo distributivo del punteggio affidato alla ricordata formula matematica, capace in astratto di distribuire tra i concorrenti, in relazione all'elemento prezzo, l'intera gamma del punteggio attribuibile (p. 35), secondo un parametro appropriato e perciò conforme alle previsioni di cui all'art. 83 del D.Lgs. 163/06.

Ciò posto, è indubbio che la gara sia stata impostata dalla stazione appaltante in modo da dare prevalenza, nella scelta del contraente, alla qualità dell'offerta tecnica, rispetto a quella economica.

Si tratta di un sistema che privilegia la qualità dell'offerta rispetto al corrispettivo economico per essa richiesto, che nella sua impostazione generale non è affatto irragionevole perché è un dato di comune esperienza che un prezzo eccessivamente ridotto, inevitabilmente si traduce in un decremento della qualità dell'offerta, atteso che ogni operatore economico mira comunque a ricavare il massimo utile dall'attività che svolge, quale che sia il metodo da adottare per il raggiungimento di tale risultato.

Aggiungasi che è principio acquisito nella giurisprudenza del giudice amministrativo che nelle gare pubbliche la distribuzione del punteggio tra i vari elementi di valutazione delle offerte costituisce espressione della discrezionalità della P.A., sindacabile in sede giurisdizionale solamente per manifesta irrazionalità, ravvisabile solo allorché tale distribuzione non sia equilibrata od alteri la funzione tipica dei diversi elementi rispetto all'oggetto ed ai fini dell'appalto (Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2004, n. 3822; T.A.R. Umbria 21 gennaio 2010 n. 26; T.A.R. Lazio, Sez. III quater, 13 novembre 2008, n. 10141), che è situazione che non ricorre affatto nel caso in esame.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della S.A.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2011

Il segretario Maria Esposito