

PARERE N. 11 DEL 13.02.2013

PREC 222/12/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 Alì e dall'ANCE Catania – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori inerenti il “*Progetto Esecutivo dei lavori di riqualificazione urbana aree limitrofe alla chiesa Santa Maria del Bosco nel Comune di Alì*” – Importo a base d'asta: € 1.052.840,44 (+ € 20.237,64 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso d'asta) – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Alì.

Offerta economicamente più vantaggiosa – criterio valutativo del co-marketing

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, presentata congiuntamente dal Comune di Alì e dall'ANCE Catania, con la quale si richiede un parere in merito alla legittimità della disciplina di bando relativa alla gara in oggetto, premettendo che la stessa è stata già modificata su iniziativa della Stazione appaltante al fine di recepire i rilievi sollevati, su diversi punti, dall'Associazione Costruttori Edili di Catania. L'amministrazione comunale non ritiene invece di aderire alle osservazioni dell'ANCE catanese in ordine a quanto previsto dalla sez. IV.2.1 del bando di gara, laddove, tra gli elementi quantitativi di assegnazione dei punteggi alle offerte dei concorrenti, prevede, al punto 7, il criterio quantitativo “*offerta al rialzo sull'importo posto a base d'asta da riconoscere alla stazione appaltante per l'attuazione delle azioni di co-marketing*”, criterio poi dettagliato alla sez. 3 del disciplinare di gara e al quale è attribuito il punteggio massimo di 50/100 punti. Secondo l'ANCE, tale criterio non sarebbe rispettoso di quanto stabilito in sede comunitaria (Direttiva europea n. 18/2004), oltre che nazionale (d.lgs. n. 163/06), perché non sarebbe correlato alla qualità dell'offerta. Tale previsione di bando sarebbe peraltro in contrasto con i dettami contenuti nella Determinazione n. 7/2011 di questa Autorità. Il Comune di Alì difende la correttezza dell'articolato di bando, osservando che i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa enucleati in sede normativa non sarebbero tassativi ma soltanto esemplificativi, così concedendo ampi margini discrezionali alla Stazione appaltante. Il criterio in questione sarebbe finalizzato al perseguimento di obiettivi di promozione, valorizzazione e sviluppo sociale e turistico delle aree di intervento, obiettivi connessi al fatto che le aree in oggetto rappresentano uno degli angoli più popolari del centro storico di Alì. Per quanto poi attiene alla ponderazione del criterio in questione, contestata dall'ANCE perché sarebbe ad esso riconosciuto un punteggio massimo (50 su 100 complessivi) eccessivo, il Comune di Alì, pur segnalando che il peso dei criteri di valutazione dell'offerta è determinato dalla Stazione appaltante sulla base della sua discrezionalità, ha ritenuto di ridimensionare il punteggio massimo assegnabile, portandolo da 50/100 a 20/100, con proporzionale aumento dei punteggi relativi ai parametri “qualitativi”.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 16 ottobre 2012, il Comune di Alì e l'ANCE hanno confermato le rispettive posizioni.

Ritenuto in diritto

La questione portata all'esame dell'Autorità verte sulla coerenza del criterio valutativo del "co-marketing" rispetto alla qualità dell'offerta introdotta dal Comune di Alì in sede di disciplina di gara.

Mette conto evidenziare, in primo luogo, che la Stazione appaltante ha dato mostra di recepire le doglianze sollevate dalle ANCE di Catania ridimensionando in maniera significativa il peso attribuito a tale criterio di valutazione delle offerte, portandolo da 50/100 a soli 20/100. Tale forte riduzione del punteggio attribuibile deve far ritenere sopita la questione sotto tal specifico profilo, attinente cioè al rapporto tra tale criterio quantitativo e quelli di natura qualitativa pure previsti dal bando ai fini dell'attribuzione del punteggio. Oltretutto le considerazioni di carattere quantitativo sulla portata del criterio non possono che essere logicamente successive alla soluzione della questione relativa alla sua ammissibilità. La censura prospettata è pertanto meritevole di disamina con riguardo alla contestata coerenza logica con le caratteristiche qualitative dell'offerta nell'ambito della gara per l'affidamento dei "lavori di riqualificazione urbana aree limitrofe alla chiesa Santa Maria del Bosco". Invero, la sez. IV.2.1 del bando di gara contempla il contestato criterio di valutazione, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a sua volta collocato, nell'ambito della distinzione tra "Pregio tecnico-Criteri di valutazione qualitativi" e "Offerta economica-Criteri di valutazione quantitativi", in tale secondo versante. Orbene, le deduzioni di parte istante colgono nel segno.

Occorre rilevare che *"In sede di gara d'appalto, l'Amministrazione aggiudicatrice è titolare di un ampio potere discrezionale quanto alla scelta degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di fissazione dei criteri di attribuzione dei punteggi, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione"* (cfr. C. Stato, Sez. V, n. 6696 del 20 dicembre 2011). Tale sfera discrezionale non può però dirsi illimitata, se è vero, come affermato assai di recente dalla stessa giurisprudenza amministrativa, che *"Il riconoscimento di margini di libertà di scelta troppo ampi per la predisposizione delle offerte, deve ritenersi incompatibile sia con i principi generali, di cui all'art. 2 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 (con prioritario riferimento alla trasparenza ed alla parità di trattamento dei concorrenti), sia con criteri di valutazione dell'offerta, da fissare nel bando di gara in rapporto alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto sul piano tecnico e funzionale, quando l'aggiudicazione dovesse venire effettuata con riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, a norma dell'art. 83 del medesimo Codice dei contratti pubblici"* (cfr. C. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3897). Anche quest'Autorità ha avuto modo di osservare (Determinazione n. 4 del 20 maggio 2009) che *"la stazione appaltante, in relazione ai molteplici interessi pubblici, dispone di un ampio margine di discrezionalità tecnica nella scelta dei criteri in base ai quali valutare le offerte...questa ampia libertà di scelta dell'amministrazione, deve trovare un bilanciamento, al fine di garantire, in ogni caso, il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e scongiurare il rischio di abusi"*.

Orbene, come rappresentato dall'istante, non è dato evincere un adeguato nesso di connessione logica tra il criterio valutativo in esame, da un lato, e la natura, l'oggetto e le caratteristiche dell'appalto, dall'altro, secondo la descrizione dello stesso contenuta nella Sezione III del Disciplinare di gara, appunto rubricato CO-MARKETING.

Conviene prestare attenzione proprio alla formula della legge di gara, nei termini che seguono. La Stazione appaltante, partendo dall'osservazione che *"le aree oggetto dei lavori rappresentano uno degli angoli più popolari del Comune di Alì"*, prevede che le somme da introitare a tale titolo saranno utilizzate per la realizzazione, nell'area progettuale e/o adiacente, di n. 3 strutture/impianti pubblicitari formato metri 3,00 x 7,00 e che saranno affidati all'aggiudicatario dell'appalto per l'attuazione delle azioni di co-marketing, come specificato dall'art. 23 dello schema di contratto. Tale disposizione prevede che gli impianti pubblicitari saranno realizzati dalla Stazione appaltante e la concessione degli stessi avrà la durata di 12 mesi, con decorrenza dalla data di ultimazione degli stessi. Inoltre il corrispettivo offerto dall'appaltatore ed oggetto del punto 7) Sezione IV.2.1 del bando di gara, è sempre dovuto, anche nel caso di mancato utilizzo degli impianti, e *"le*

raffigurazioni pubblicitarie rimarranno nella libera determinazione dell'aggiudicatario, tuttavia si prediligerà comunque la promozione e valorizzazione del territorio, e delle aziende operanti sullo stesso".

Ebbene, dalle articolazioni della *lex specialis* non è dato evincere alcuna specifica attinenza tra il criterio in esame e le caratteristiche dell'appalto, in quanto il primo è volto ad assicurare all'Ente appaltante un servizio pubblicitario *in loco*, mediante l'esposizione di apposite strutture o impianti, che nulla ha a che vedere con l'oggetto dell'appalto di lavori di riqualificazione urbana, così come specificato dal punto II.1.5 del bando di gara [*"Lavori di sistemazione plano-altimetrica dell'area, nella realizzazione della viabilità di accesso, dei parcheggi, nella sistemazione (pavimento e arredo) di una ampia area antistante la Chiesa da destinare ad uso pubblico, tramite la collocazione di sedili, gazebo e tettoie in legno"*]. La semplice ricorrenza del profilo di interesse pubblico, espressamente riconnesso al valore *"culturale"* degli spazi interessati dai lavori, non è tale da giustificare *ex se* l'inserimento del contestato criterio di valutazione dell'offerta appunto perché non attinente alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto, siccome volto alla mera riqualificazione dell'area attraverso l'esecuzione di un complessivo intervento di trasformazione, al fine di migliorarne la fruibilità, che non comprende anche la sua valorizzazione pubblicitaria e commerciale.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei termini di cui in motivazione, che il criterio di valutazione dell'offerta relativo al *co-marketing* non sia ammissibile secondo la normativa di settore.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22.02.2013

Il Segretario Maria Esposito