

Parere n.156 del 25/09/2013

PREC 256/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ANCE Palermo e dal Comune di Castronovo di Sicilia (PA)– “Consolidamento di zone a difesa del centro abitato del Comune di Castronovo di Sicilia: interventi sul costone roccioso a monte delle c.de S. Marco ”- Importo a base d'asta €1.576.299,90 – S.A. Comune di Castronovo di Sicilia (PA).

Clausole bando. Discrezionalità. Legittimità. Assunzione manodopera locale. Illegittimità. Criteri soggettivi di qualificazione e criteri oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta. Divieto commistione. Illegittimità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale l'ANCE Palermo e il Comune di Castronovo di Sicilia hanno chiesto un parere in merito alla legittimità di alcune clausole del bando di gara per l'affidamento dei lavori di consolidamento di zone a difesa del centro abitato del Comune di Castronovo di Sicilia, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, le questioni di legittimità riguardano le seguenti clausole:

- In ordine all'offerta tecnica e qualitativa, il bando di gara – in seguito alla modifica apportata dalla stazione appaltante con avviso pubblico di rettifica, in accoglimento, sul punto, delle osservazioni presentate dall'ANCE Palermo – prevede l'attribuzione di punti 9 su 60 per “percentuale di importo contrattuale che intende garantire con le modalità previste dall'art. 75 co. 2 del codice o con fidejussione bancaria, oltre a quella dovuta per legge (art. 7 comma 2 lett. a) della L.R. 12/2011, così come specificato all'art. 11 comma 3 lett. a) D.P. n. 13 del 31.01.2012, in ragione del ribasso offerto);
- sempre in relazione all'offerta tecnica, il bando di gara prevede l'attribuzione di punti 8 per “l'assunzione di manodopera residente nel territorio comunale”;
- la clausola III.2.3 lett. e) del bando prevede che “le imprese, per partecipare alla gara, dovranno inoltre nominare un professionista cui affidare la direzione del cantiere di comprovata esperienza in merito in grado di dimostrare di aver progettato e diretto almeno un lavoro della stessa natura di quello posto a base di gara (realizzazione di paramassi, reti, tiranti etc.) per un importo minimo di lavori non inferiore al 40% dell'importo a base di gara e con certificato di ultimazione dei lavori emesso entro cinque anni data del presente bando ed inoltre già collaudato, la presente condizione non è motivo di esclusione, ma comporterà la riduzione di punti 7 nella valutazione del punteggio relativo all'offerta tecnica e qualitativa”.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 26 novembre 2012, sono pervenute memorie dell'ANCE Palermo e del Comune di Castronovo di Sicilia .

Ritenuto in diritto

La prima questione che viene qui in rilievo riguarda la legittimità della previsione del bando di gara, come rettificato, circa l'attribuzione, all'offerta tecnica e qualitativa, di punti 9 su 60 per "percentuale di importo contrattuale che intende garantire con le modalità previste dall'art. 75 co. 2 del codice o con fidejussione bancaria, oltre a quella dovuta per legge (art. 7 comma 2 lett. a) della L.R. 12/2011, così come specificato all'art. 11 comma 3 lett. a) D.P. n. 13 del 31.01.2012, in ragione del ribasso offerto)."

Sostiene l'ANCE Palermo che tale elemento di valutazione nulla ha a che vedere con la qualità dell'offerta tecnica, intesa come proposta di soluzioni progettuali migliorative, rispetto a quelle contenute nel progetto a base di gara. La scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, difatti, deve tendere all'individuazione dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo e pertanto bisogna riferirsi a parametri che abbiano una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurare il valore dell'offerta intrinsecamente intesa.

La censura è fondata.

La funzione svolta dalle garanzie fideiussorie non ha nulla a che vedere con la prestazione che si va ad offrire tant'è che la qualità di quest'ultima, negli appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, va valutata secondo i parametri di cui all'art. 83 del codice, i quali, seppure elencati in termini esemplificativi, prescindono da ogni riferimento alla cauzione, sia essa provvisoria che definitiva.

Gli elementi di valutazione devono avere necessariamente carattere oggettivo, in quanto direttamente collegati con la prestazione contrattuale e devono, in questo senso, rispondere ai generali canoni di ragionevolezza. Conseguentemente nella scelta dell'offerta più conveniente, quella cioè che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, il riferimento alla garanzia da prestare ai sensi dell'art. 113 del codice allontana l'amministrazione da parametri che hanno diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che possono conseguentemente ritenersi congrui rispetto allo scopo perseguito.

La seconda questione sollevata inerisce la legittimità della previsione del bando di gara circa l'attribuzione, all'offerta tecnica e qualitativa, di punti 8 su 60 per "l'assunzione di manodopera residente nel territorio comunale".

L'art. 2 co. 1 D.Lgs. 163/2006 stabilisce che "L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza;

l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice". A questi principi si può eccezionalmente derogare ai sensi del co. 2 secondo cui "Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile".

L'Autorità ha precisato che *"i criteri di valutazione dell'offerta, così come i requisiti di partecipazione alla gara, che privilegiano direttamente o indirettamente le imprese locali, si pongono in violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e parità di trattamento, nonché di libera circolazione, salvo il limite della logicità e della ragionevolezza, ossia della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito"* (cfr. AVCP parere n. 116 del 22.10.2009, n. 251 del 10.12.2008).

Nella fattispecie in esame non si rinvencono ragioni per derogare ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità in ragione dell'assunzione di dipendenti locali, posto che questo criterio selettivo non risponde ad una particolare esigenza

sociale. Infatti, la crisi occupazionale richiamata nella memoria del Comune non può essere considerata una emergenza sociale propria solo del territorio siciliano.

Peraltro, il Consiglio di Stato, con una risalente, ma pur sempre attuale pronuncia (Sez. V, 18-04-1996, n. 447), ha stabilito che “Risulta fondato, per violazione dell'art. 7 del trattato Ce, il quale vieta, nel campo di applicazione del trattato stesso, "ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità", l'annullamento disposto dal comune di Cagliari degli atti di una gara di appalto il cui bando contiene una clausola volta a sancire l'obbligo del concessionario, a titolo di corrispettivo per la concessione, di "dare la preferenza a personale locale, purchè in possesso dei necessari requisiti tecnici e professionali", qualora esigenze operative richiedessero l'utilizzo o l'assunzione di nuovo personale". Invero, l'art. 7 sopra citato è stato costantemente interpretato dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee nel senso del divieto di discriminazioni anche indirette, attuate appunto con la richiesta di qualità o con l'imposizione di oneri che possano essere più facilmente o più difficilmente assolti dalle imprese di una data nazionalità. E non vi è nessun dubbio sul fatto che un'impresa non italiana troverebbe maggior difficoltà ad assumere personale cagliaritano e possa essere più facilmente indotta, dalla clausola sopra citata, a rinunciare alla partecipazione. In sostanza si tratta di violazioni della libera concorrenza, che il trattato prende in considerazione quando abbiano rilevanza nel mercato comune instaurato dagli Stati contraenti: esse consistono nell'illogico comportamento delle amministrazioni pubbliche che, avendo deciso di provvedere ad opere o servizi pubblici mediante ricorso al mercato, pretendono però di condizionare le scelte imprenditoriali (come appunto imponendo all'imprenditore di assumere uno piuttosto che altro dipendente), con imposizioni che finiscono per falsare la concorrenza e danneggiare i più generali interessi di prosperità della più vasta collettività”.

Conseguentemente la clausola in esame è da ritenersi illegittima.

L'ultima questione sollevata inerisce la legittimità della previsione della clausola III.2.3 lett. e) del bando di gara ove è previsto che “le imprese, per partecipare alla gara, dovranno inoltre nominare un professionista cui affidare la direzione del cantiere di comprovata esperienza in merito in grado di dimostrare di aver progettato e diretto, almeno un lavoro della stessa natura di quello posto a base di gara (realizzazione di paramassi, reti, tiranti etc.) per un importo minimo di lavori non inferiore al 40% dell'importo a base di gara e con certificato di ultimazione dei lavori emesso entro cinque anni data del presente bando ed inoltre già collaudato, la presente condizione non è motivo di esclusione, ma comporterà la riduzione di punti 7 nella valutazione del punteggio relativo all'offerta tecnica e qualitativa”.

Sostiene l'ANCE Palermo che detta clausola è illegittima là dove attribuisce o toglie un punteggio non inerente alla valutazione dell'offerta tecnica, bensì all'organizzazione aziendale.

Al riguardo è opportuno preliminarmente considerare che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa fonda l'aggiudicazione dei contratti pubblici su una complessa integrazione tra il dato economico, quello tecnico e quello qualitativo, tramite l'applicazione di elementi di valutazione pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, grazie ai quali la commissione di gara misura il valore dell'offerta (cfr. AVCP determinazione n.4 del 20.5.2009).

Tra questi elementi – previsti dall'art. 83 D.Lgs. 163/2006 - non figurano i criteri soggettivi afferenti all'organizzazione di impresa. Inoltre, costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato Sez. III, 18-06-2012, n. 3550).

Il Cons. Stato Sez. VI, 04-10-2011, n. 5434 ha recentemente stabilito che “Conformemente alla pertinente giurisprudenza comunitaria deve ritenersi che costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione. Detto canone operativo, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da

quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione La giurisprudenza degli anni più recenti ha applicato il richiamato principio in modo non meccanicistico, temperandone la portata applicativa quante volte il singolo requisito di partecipazione, pur se coinvolgente le caratteristiche soggettive dell'offerente, sia nondimeno idoneo ad essere apprezzato quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, come elemento, cioè, incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e quindi come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta “ (cfr. in termini Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971).

Come è stato autorevolmente osservato, quindi, non sempre è agevole tenere separati i due criteri considerati (quello oggettivo di valutazione dell'offerta e quello soggettivo relativo alla capacità tecnica e professionale del concorrente), poiché i profili di organizzazione soggettiva possono anche essere idonei a riflettersi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Ne deriva che quando gli aspetti organizzativi non sono apprezzati in modo autonomo, avulso dal contesto dell'offerta, ma quale elemento idoneo ad incidere sulle modalità esecutive del servizio specifico e, quindi, quale parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta, il principio non risulta violato (Cons. Stato, Sez., VI, 15 dicembre 2010, n. 8933). Nella fattispecie in esame, la pregressa specifica esperienza del direttore tecnico attiene esclusivamente all'organizzazione di impresa e non può essere apprezzato come elemento di valutazione dell'offerta tecnica, determinandosi altrimenti quella indebita commistione che i principi di derivazione comunitaria sopra riportati mirano a scongiurare. D'altro canto anche il Comune istante afferma –nella memoria – che “...la richiesta di un direttore qualificato effettivamente non dovrebbe essere oggetto di valutazione di punteggi, ma obbligatorio a pena di esclusione...”.

Conseguentemente, la clausola del bando qui in esame deve essere considerata illegittima. In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che la clausola del bando del Comune di Castronovo di Sicilia per l'affidamento dei lavori di consolidamento di zone a difesa del centro abitato relativa all'offerta tecnica e qualitativa, con previsione di attribuzione di punti 9 su 60 per “percentuale di importo contrattuale che intende garantire con le modalità previste dall'art. 75 co. 2 del codice o con fidejussione bancaria, oltre a quella dovuta per legge (art. 7 comma 2 lett. a) della L.R. 12/2011, così come specificato all'art. 11 comma 3 lett. a) D.P. n. 13 del 31.01.2012, in ragione del ribasso offerto) sia illegittima;
- che la clausola relativa all'offerta tecnica che prevede l'attribuzione di punti 8 per “l'assunzione di manodopera residente nel territorio comunale” sia illegittima;
- che la previsione di cui punto III.2.3 lett. e) del bando di gara, realizzando una commistione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, sia illegittima.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 ottobre 2013

Il Segretario Maria Esposito