

Parere n. 9 del 13.02.2013

PREC 246/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Autorità Portuale di Brindisi "Procedura aperta per l'appalto dei lavori di completamento funzionale dello sporgente Est del molo di Costa Morena – Realizzazione pavimentazione" – Data di pubblicazione del bando: 27.9.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 18.883.630,00 – S.A.: Autorità Portuale di Brindisi.

Criteri di scelta del concorrente ed elementi di valutazione delle offerte

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 18 ottobre 2012 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Autorità Portuale di Brindisi ha chiesto un parere in merito alla legittimità della disciplina di gara predisposta per l'affidamento dei lavori in oggetto, consistenti in opere di pavimentazione di cui alla categoria OG3, classifica VIII, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale disciplina di gara era stata contestata dall'ANCE di Brindisi in quanto l'amministrazione aveva indicato quali criteri di valutazione delle offerte, esclusivamente il prezzo ed il tempo di esecuzione dei lavori, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006, lettere a) e l). L'ANCE di Brindisi quindi aveva chiesto l'annullamento in autotutela del bando asserendo che detti criteri, meramente quantitativi fossero completamente avulsi da ogni valutazione di merito tecnico in grado di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con nota del 22 ottobre 2012 anche l'ANCE di Brindisi ha inviato la medesima richiesta di parere. All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 15 novembre 2012, l'ANCE ha ribadito la illegittimità della disciplina di gara per le ragioni già esposte all'Autorità Portuale di Brindisi.

Considerato in diritto

La questione controversa in esame concerne la legittimità della disciplina di gara predisposta dall'Autorità Portuale di Brindisi per le ragioni evidenziate in fatto.

Al riguardo è necessaria una preventiva delibazione di carattere generale sulla tematica dei criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Orbene, *in subiecta materia* sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso) sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'art. 83, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono perfino sottratte al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto. In altri termini, prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa sono i criteri a cui le amministrazioni aggiudicatrici devono attenersi per aggiudicare l'appalto, assicurando un corretto

confronto concorrenziale adeguato alle specifiche esigenze del caso concreto.

E' stata così introdotta nel nostro ordinamento una "riserva di funzione amministrativa", intesa nel senso di riserva di valutazione amministrativa concreta, da operare in relazione alle circostanze specifiche delle singole ipotesi.

La normativa comunitaria, invero, ha inteso prevedere criteri che risultano: esclusivi, non essendone ammessi altri; pienamente e paritariamente alternativi tra essi, in quanto utilizzabili a discrezione delle amministrazioni che, di volta in volta, sono chiamate a scegliere sulla base della natura e delle caratteristiche dell'appalto; trasparenti e pubblici, in quanto devono preventivamente essere resi noti nel bando di gara o capitolato d'oneri.

Inoltre, nel merito della scelta compiuta dalla S.A., questa Autorità ritiene che il criterio di apprezzamento della congruità dell'offerta relativa al concorrente dichiarato provvisoriamente aggiudicatario – secondo cui all'esito della redazione della graduatoria la Commissione avrebbe analizzato, in seduta riservata, la relazione prodotta a supporto della riduzione temporale offerta, per poi procedere, in caso di accertata congruità, all'aggiudicazione definitiva – costituisca di per sé uno specifico elemento di garanzia della trasparenza nella scelta della ditta aggiudicataria in base ai (soli) elementi valutativi discrezionalmente predeterminati nel capitolato (precisamente quelli di cui alla lettera a) e lettera l) dell'art. 83 del Codice), ritenuti dalla S.A. sufficienti ad individuare la migliore offerta in relazione alle prestazioni oggetto specifico della gara (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2007 n. 5911): non è pertanto ravvisabile alcun elemento di genericità e di arbitrio la cui presenza vizi l'azione dell'amministrazione ed implichi l'annullamento in autotutela della procedura, così come richiesto dall'ANCE (cfr. Cons. St., sez. V, 22 marzo 2010, n. 1669). Priva di pregio è anche la censura dell'ANCE nei confronti della scelta di un criterio temporale – ritenuto, a torto, meramente quantitativo – da affiancare al prezzo.

A questo preciso riguardo si rileva, per contro, che le indicazioni da fornire alla S.A. – unitamente al modulo per l'offerta di ribasso sul tempo di esecuzione – ai sensi del punto 8.2.b) del disciplinare di gara, impingono specificamente nel merito qualitativo dell'offerta, giacché impongono una "*relazione descrittiva delle lavorazioni e della produzione giornaliera media attesa nella quale il concorrente dovrà illustrare, a supporto della riduzione temporale offerta, le tecniche costruttive della pavimentazione in conglomerato cementizio e bituminoso, nonché le attrezzature delle quali dispone e che saranno impiegate nelle lavorazioni; alla relazione dovrà essere allegato un cronoprogramma dettagliato delle varie fasi*".

Considerato, pertanto,

- che, nella fattispecie, la scelta discrezionale dei criteri di aggiudicazione appare consona in relazione alla seguente motivazione addotta dalla S.A.: "*...trattandosi di un appalto di lavori che, seppure di entità rilevante, non richiede l'utilizzo di specifiche e particolari competenze o maestranze, bensì di opere peraltro ascrivibili all'unica attività di pavimentazione stradale, e disponendo già di una progettazione a livello esecutivo nell'ambito della quale le modalità di esecuzione sono state descritte in dettaglio...*".

Si ritiene, in conclusione, che ogni riflessione critica circa la scelta della stazione appaltante dei criteri e delle modalità di individuazione dell'offerta più vantaggiosa esuli dal giudizio di conformità alla normativa di settore della procedura posta in essere nel caso concreto.

Non si è, peraltro, in presenza, di alcuna delle ipotesi in relazione alle quali può legittimamente utilizzarsi il potere di annullamento in via di autotutela invocato dall'ANCE, considerato che i criteri di scelta indicati nella *lex specialis* non risultano essere macroscopicamente illogici o viziati ed un eventuale giudizio di inopportunità sarebbe frutto di valutazioni metagiuridiche intrinsecamente soggettive e come tali opinabili.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti ed alle condizioni di cui in parte motiva, conforme alla normativa di settore l'operato della S.A.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22.02.2013

Il Segretario Maria Esposito