

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 145

del 8.05.2008

PREC504/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Aleandri s.p.a.– progettazione esecutiva e esecuzione lavori per la realizzazione del collegamento ferroviario della Aerostazione di Bari – Palese con l’area metropolitana della città di Bari, mediante deviazione della ferrovia Bari – Barletta tra il Km 6+050 e il Km 14+865. S.A. Ferrotramviaria s.p.a.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 ottobre 2007 è pervenuta l’istanza di parere in oggetto con la quale la Aleandri s.p.a. ha richiesto all’Autorità di esprimersi in ordine alla illegittimità del bando e della lettera d’invito relativi all’appalto di cui trattasi.

In particolare, la Aleandri s.p.a. ha rilevato che il bando di gara prevede criteri molto generici, privi di contenuto, che sono stati specificati e integrati soltanto dalla lettera d’invito con l’individuazione di sottocriteri e sottopunteggi. La Aleandri s.p.a. ritiene che tali sottocriteri e sottopunteggi avrebbero dovuto essere contenuti nel bando di gara, in quanto il rispetto dei principi di par condicio e trasparenza impongono che tali elementi siano determinati a priori e non successivamente alla fase di prequalificazione, quando sono noti i nomi degli effettivi concorrenti.

In secondo luogo la Aleandri s.p.a. sostiene che i punteggi indicati nella lettera d’invito non tengono conto della natura, dell’oggetto e delle caratteristiche del contratto, in quanto si riferiscono essenzialmente alle categorie di lavori non prevalenti a cui sarebbero state attribuite maggior peso, e non anche alla categoria prevalente.

Inoltre la Aleandri s.p.a. ha contestato il punto 2.3.1., par. b, della lettera d’invito, “utilizzo e manutenzione”, laddove prescrive a pena di esclusione la presentazione di tale elaborato secondo le indicazioni di cui ai paragrafi b1 e b2. Ciò in quanto, a parere dell’impresa istante, l’omessa presentazione o la non perfetta rispondenza dell’elaborato potrebbe comportare esclusivamente l’assegnazione di un punteggio pari a zero e non già l’esclusione dalla gara.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante, ha rappresentato quanto segue.

In via preliminare è stato rilevato che l’impresa istante non ha mai sollevato alcuna contestazione circa la struttura della documentazione di gara, limitandosi a formulare richieste di chiarimento e pertanto la fattispecie in esame esulerebbe dall’ambito di applicazione di cui all’art. 6, comma 7, lett. n) del codice, “attesa l’evidente inesistenza della controversia da risolvere”.

La Stazione appaltante ha poi evidenziato che svolge attività di gestione di reti destinate a fornire il servizio pubblico di trasporto ferroviario e come tale è soggetta all'applicazione delle disposizioni contenute nella parte III del codice dei contratti pubblici, ed in particolare all'art. 206, ai sensi del quale è consentito alla stazione appaltante precisare gli elementi di cui al commi 2, 3 e 4 dell'articolo 83 anche nell'invito a presentare offerte.

Inoltre, per quanto concerne l'individuazione del contenuto dei criteri di selezione delle offerte, la Stazione appaltante ha evidenziato che è stata compiuta in pedissequa aderenza alle indicazioni di cui all'articolo 83, comma 1 del codice di contratti, ritenendo di assegnare i punteggi in relazione al pregio tecnico, al valore estetico, al costo di manutenzione oltre ai tempi di esecuzione ed al prezzo.

Infine, in ordine alla previsione di cui al punto 2.3.1., par. b, della lettera di invito, la Stazione appaltante ha chiarito che ciò che è sanzionato a pena di esclusione è soltanto l'eventuale presentazione di un'offerta che si ponga in contrasto con le prescrizioni individuate nella medesima lettera d'invito.

Ritenuto in diritto

In via preliminare occorre far presente che sussistono i presupposti per una pronuncia sulla questione da parte dell'Autorità.

Anche se la Aleandri s.p.a. non ha mai contestato nulla alla Stazione appaltante, ciò non impedisce alla impresa istante di domandare a questa Autorità un parere afferente questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara, così come peraltro espressamente previsto dall'art. 6, comma 7, lett. n) del codice dei contratti pubblici. Infatti, l'unica condizione posta dalla citata norma, è che il parere debba essere reso su problematiche sorte nell'ambito dell'espletamento della procedura di gara – e non già in fase esecutiva -, condizione, questa, rispettata nel caso di specie così come peraltro evidenziato dalla stessa Stazione appaltante nella nota pervenuta il 30 novembre 2007 laddove afferma che l'opera deve essere ancora aggiudicata.

Tanto premesso, con riferimento alla prima censura sollevata dall'impresa istante (il bando di gara avrebbe previsto criteri molto generici, privi di contenuto, che sono stati specificati e integrati soltanto dalla lettera d'invito con l'individuazione di sottocriteri e sottopunteggi violando i principi di par condicio e trasparenza) si osserva quanto segue.

Il punto IV.2.1) del bando di gara individua i seguenti criteri di valutazione e relativi punteggi:

- valore tecnico ed estetico, p. 40;
- prezzo, p. 32;
- tempo di esecuzione dei lavori, p. 15;
- tempo di redazione del progetto esecutivo, p. 6;
- utilizzazione e manutenzione, p. 4;
- estensione garanzie, p. 3.

La lettera d'invito, al punto 2.3.1., busta "B1 – Offerta tecnica", alla lettera a) stabilisce che il "valore tecnico ed estetico (massimo punti 40) sarà valutato con riferimento ai seguenti sub-

elementi cui vengono attribuiti i rispettivi sub - punteggi:

- a1) Miglioramento tecnico ed estetico delle opere edili (composizione delle facciate, infissi interni ed esterni, pavimentazioni interne, rivestimenti controsoffittature, coperture); p. 9
- a2) Miglioramento degli interventi relativi alle strutture portanti; p. 5
- a3) Ascensori, scale mobili e tapis roulant; p. 3
- a4) Efficienza energetica degli impianti (elettrici, climatizzazione) e ottimizzazione del comparto ambientale; p. 3
- a5) Impianti speciali (integrazione ed estensione dei sistemi di sicurezza e di supervisione con controllo accessi); p. 3
- a6) Miglioramento degli impianti antincendio, idrici, fognanti, adeguamento alle prescrizioni dei VV.F.; p. 3
- a7) Smaltimento acque meteoriche (adeguamento prescrizioni della provincia di Bari); p. 5
- a8) Miglioramenti delle sistemazioni esterne; p. 2
- a9) Organizzazione del cantiere e della progettazione; p. 4
- a10) Riduzione della propagazione delle vibrazioni e dei rumori in fase di esercizio della ferrovia in corrispondenza di zone abitate o con attività sensibili; p. 3

La contestazione dell'impresa istante si fonda, dunque, sul presupposto che la citata specificazione e integrazione dei criteri di valutazione nella lettera d'invito e non già nel bando - come previsto dall'art. 83 del codice dei contratti pubblici - violi i principi di par condicio e trasparenza.

Al riguardo, occorre in primo luogo evidenziare come la disciplina nazionale applicabile al caso di specie sia, non già quella prevista per i settori ordinari di cui alla parte II del codice (che ricomprende anche il citato art. 83), bensì quella di cui alla parte III del medesimo codice che regola i settori speciali (quali gas, energia termica ed elettrica, acqua, servizi postali e di trasporto). Ciò in quanto, la Ferrotramviaria s.p.a. svolge attività di gestione di reti destinate a fornire il servizio pubblico di trasporto ferroviario, e quindi svolge un'attività appunto ricadente nella citata parte III del codice.

In particolare, al caso di specie, si applica l'art. 206 del codice dei contratti pubblici che, in aderenza con quanto affermato dall'art. 55 della direttiva 17 del 2004 (recante procedure di appalto degli erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali), consente alle stazioni appaltanti di precisare nell'invito a presentare offerte gli elementi che ai sensi dei commi 2, 3 e 4 dell'articolo 83 (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) del codice, dovrebbero essere individuati nel bando di gara, o nel capitolato d'onori. Tali elementi sono: i criteri di valutazione dell'offerta, la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, l'ordine di importanza dei criteri, i sub-criteri, i sub - pesi e i sub-punteggi.

La deroga all'art. 83 di cui sopra va letta anche alla luce di quanto recentemente affermato dalla Corte di giustizia europea sul tema della individuazione successiva dei coefficienti di ponderazione e dei sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel bando di gara. A tal proposito, la

Corte, con sentenza del 24 gennaio 2008 (C-532/06), ha sostenuto come il principio di parità di trattamento degli operatori economici e l'obbligo di trasparenza, richiedano che tutti i gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte. Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti.

Appare dunque evidente come, secondo tale interpretazione, al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza, occorre che i criteri, sub – criteri e sub – punteggi che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto, siano messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino la loro offerta, in modo da permettere loro di tenerne conto.

Nel caso di specie, poiché i citati sub – criteri e sub – punteggi sono stati portati a conoscenza dei concorrenti pre-qualificati, con la lettera di invito a presentare offerta, quindi con un documento di gara antecedente la presentazione della offerta medesima, in linea con quanto affermato dalla Corte di giustizia europea, oltre che alla normativa nazionale, non si rinviene alcuna violazione dei principi di par condicio e trasparenza.

Per quanto attiene poi il secondo rilievo mosso dalla Aleandri s.p.a. circa la previsione di punteggi indicati nella lettera d'invito che non tengono conto della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto, dalla analisi dei documenti di gara sembrano essere condivisibili le osservazioni rappresentate al riguardo dalla Stazione appaltante, ed in particolare la adeguatezza dei citati punteggi all'oggetto dell'appalto, sul quale detti elementi sono stati calibrati.

Infine, in ordine al punto 2.3.1., par. b, della lettera d'invito, "utilizzo e manutenzione", non sembra apprezzabile quanto sostenuto dall'impresa istante secondo la quale, la citata previsione porrebbe a pena di esclusione la presentazione di tale elaborato secondo le indicazioni di cui ai paragrafi b1 e b2. Appare, invece, condivisibile l'interpretazione della Stazione appaltante che, nel rimettere alla discrezionalità dei concorrenti la predisposizione del contenuto dell'offerta, con il richiamato punto della lettera d'invito, pone quale unico inderogabile limite, sancito a pena di esclusione, quello di fare espressamente salvi i concetti generali di conduzione, manutenzione ordinaria e straordinaria ivi esposti.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il bando e la lettera d'invito sono conformi alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15/05/2008