

martedì 27 aprile 2010

AMMINISTRATIVO/ giurisdizioni

Articoli - Quotidiano del:

27/04/2010

di merito

Appalti: il prezzo non prevale automaticamente sulla qualità se la "lex specialis" rispetta i parametri di proporzionalità e ragionevolezza

(Sezione quinta, ordinanza n. 1668/10; depositata il 14 aprile)

di

Antonella Mascaro*

La vicenda processuale:

In data 23.02.2010 veniva notificato all'Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia ricorso "per l'annullamento e/o la riforma dell'ordinanza n. 98/2010 resa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sede di Catanzaro, Sez. I, nella Camera di Consiglio del 28.01.2010...". Nella suddetta ordinanza veniva respinta l'istanza di sospensiva proposta dal raggruppamento temporaneo "CEPPI srl - CIEM srl - EDIMEL srl", relativa all'appalto concernente gli "interventi di messa a norma dell'impianto elettrico generale dell'Ospedale JAZZOLINO di Vibo Valentia per un importo dei lavori pari ad Euro 1.360.000,00", nonché di altri atti anteriori, preordinati, connessi e consequenziali, con la seguente motivazione: "Considerato che, ad un primo sommario esame, le censure dedotte non appaiono suscettibili di favorevole considerazione, giacché il metodo adottato dalla stazione appaltante appare teso ad assicurare il maggior pregio tecnico dell'offerta in relazione al prezzo proposto, laddove la tesi della ricorrente, se per un verso erroneamente imputa all'amministrazione di aver considerato la sola qualità rispetto al prezzo, per l'altro assegna la prevalenza assoluta del prezzo rispetto alla qualità. P.Q.M. rigetta l'istanza cautelare" (provvedimento dei giudici calabresi commentato in "Diritto & Giustizia" del 18 febbraio 2010).

La decisione:

La scrivente difesa, incaricata di difendere l'A.S.P. vibonese anche nella fase innanzi il Consiglio di Stato, ha evidenziato che nessun addebito era ascrivibile ai Giudici di prime cure. Correttamente, infatti, si è posto l'accento su un'evidente incongruenza della tesi di controparte, secondo la quale la valutazione del prezzo doveva assumere un valore preponderante rispetto alla valutazione del dato tecnico. Infatti, l'intero assunto di controparte si basava su una presunta erronea valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'A.T.I. ricorrente lamentava, infatti, una "sterilizzazione del valore ponderale di punteggio inizialmente fissato nella lex specialis", supportando tale assunto sulla base di autorevoli precedenti del Consiglio di Stato. I principi contenuti in tali sentenze, però, non potevano riguardare la fattispecie che ci occupava. Già nel bando di gara era stato correttamente individuato il metodo secondo il quale si sarebbe dovuto assicurare il maggior pregio tecnico dell'offerta in relazione al prezzo proposto, attraverso l'applicazione del rapporto di 70 punti (valutazione tecnica) su 30 punti (valutazione prezzo). Tale criterio era perfettamente riconoscibile, dunque, da parte delle ATI concorrenti, che lo avevano accettato nel momento in cui avevano provveduto alle comunicazioni delle offerte. Si deve osservare, inoltre, che la più volte citata Sentenza n. 1368 del 09.03.2009, sez. V, Consiglio di Stato, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, ribadisce la discrezionalità della P.A. nella scelta dei criteri da utilizzare, purché chiaramente indicati e già individuati nel bando di gara. Nel caso che ci occupava l'ASP aveva chiaramente indicato il carattere prevalente della componente tecnica del progetto, provvedendo a differenziare il rapporto tra i punteggi massimi relativi alle due componenti, tecnica ed economica, già nel bando di gara, mantenendo questa differenza invariata in sede di valutazione delle offerte. Il criterio adottato dall'ASP Vibonese, inoltre, non risultava in alcun modo lesivo del principio di proporzionalità nell'applicazione dei punteggi previsti nel bando di gara, né d'altra parte determinava il lamentato svuotamento della componente economica dell'offerta. In questo senso appariva logica e rispondente al dato fattuale l'ordinanza n. 98/2010 del TAR Calabria, Sede di Catanzaro, quando affermava che "la tesi della ricorrente, se per un verso erroneamente imputa all'amministrazione di avere considerato la sola qualità rispetto al prezzo, per l'altro assegna la prevalenza assoluta del prezzo rispetto alla qualità". Infatti l'ASP di Vibo Valentia certamente aveva inteso dare prevalenza all'aspetto tecnico, per come, in piena trasparenza, aveva evidenziato nel bando di gara; ma ciò nonostante aveva egualmente tenuto in considerazione il prezzo offerto, bilanciando entrambi gli elementi. Viceversa, secondo l'assunto dell'ATI ricorrente, l'acquisizione del massimo punteggio sul prezzo avrebbe dovuto determinare,

per come correttamente rilevato nell'ordinanza del TAR Calabria, una prevalenza assoluta del prezzo sulla qualità. Ciò chiaramente non risultava rispondente agli interessi prioritari della P.A. alla realizzazione e al rifacimento di un impianto elettrico di tipo specialistico, a seguito dei tragici eventi determinati dalle inefficienze di quello precedente. L'A.S.P. vibonese, proprio in considerazione della pregnante esigenza di un alto livello tecnico sia nei materiali, sia negli interventi necessari per la predisposizione di un impianto elettrico più all'avanguardia (con la previsione ad es. di un doppio gruppo elettrogeno, necessario sia per le sale operatorie, ma anche per l'uso corretto dei nuovi macchinari chirurgici e non), aveva **innalzato la soglia dei criteri tecnici** sulla base dei quali selezionare la nuova impresa appaltatrice. Alla valutazione tecnica, perfettamente rispondente alle regole di trasparenza amministrativa, seguiva quella riguardante l'**offerta economica**. Il metodo utilizzato traeva origine da quanto espressamente previsto nel bando di gara secondo il quale il punteggio del prezzo finale veniva calcolato mediante una formula, grazie alla quale era possibile configurare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Il prezzo offerto doveva, però, calcolarsi dal "*prezzo complessivo della totalità delle opere, che deriva dalla compilazione delle liste delle categorie e lavori escluso il costo degli oneri per la sicurezza*". Lo stesso Consiglio di Stato, com'è noto, ha più volte chiarito che negli appalti spetta alla P.A. decidere i criteri, a condizione, però, che la Stazione appaltante nell'attribuire un peso maggiore a una componente piuttosto che agli altri elementi dell'offerta rispetti i limiti della **ragionevolezza**. La disciplina vigente, infatti, non stabilisce *ex ante* se debba avere importanza preponderante il prezzo, o viceversa i fattori qualitativi. La Stazione appaltante, sin dal bando di gara, aveva stimolato le imprese partecipanti ad un maggior lavoro sul dato tecnico, necessario nell'appalto in parola, rilevatore dell'affidabilità e quindi della qualità. L'ATI ricorrente, pur conoscendo le regole del gioco, le ha disattese, puntando - esclusivamente - sul maggior ribasso economico a discapito della qualità. La scrivente difesa ha ritenuto necessario perimetrare il materiale cognitivo e le domande sottoposte alla delibazione della Sezione del CdS, tenendo conto che le critiche esposte dagli appellanti dovevano essere valutate nella **fase cautelare**. Pertanto, per quanto atteneva al **fumus boni iuris** ci si è riportati alle argomentazioni di fatto e di diritto già svolte nella memoria di costituzione innanzi al TAR Calabria, per quanto concerneva il **danno grave ed irreparabile** si è evidenziato la prevalenza dell'interesse collettivo su quello dell'A.T.I. alla celere realizzazione dell'opera. I tempi lunghi della costruzione del Nuovo Ospedale; la circostanza che il vecchio ospedale fosse stato investito da numerosi reati dei N.A.S. e il dissequestro era stato sottoposto a condizione della messa a norma (prima urgente e provvisoria e poi quella definitiva con l'indizione e l'aggiudicazione dell'appalto in parola); la decisione del TAR Calabria di rigetto della sospensiva invocata da controparte; il prioritario interesse dalla P.A. alla realizzazione, con assoluta urgenza, della messa a norma dell'impianto elettrico del vecchio Ospedale "G. IAZZOLINO" di Vibo Valentia; nonché la necessità di evitare di incorrere in ipotesi di responsabilità contrattuale per la mancata stipula, avevano indotto l'A.S.P. di Vibo Valentia, alla stipula del contratto di appalto con l'A.T.I. aggiudicatario. Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza in commento, ha condiviso la superiore impostazione e ha ritenuto, quanto al **fumus**, che la formula stabilita dalla *lex specialis* per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica non risultava contrastante con i parametri di **proporzionalità** e **ragionevolezza**. In ordine al *periculum in mora* ha ritenuto prevalente l'interesse pubblico all'esecuzione degli interventi a seguito della stipulazione del contratto (principio evidenziato dal T.A.R. Calabria, in caso analogo, nell'ordinanza n. 86/2007 depositata l'8 febbraio). In altri termini nelle opere pubbliche l'interesse collettivo prevale su quello privato se finalizzato alla celere realizzazione dell'opera. Ciò che preme sottolineare, nel presente commento, è la invalsa prassi, in casi analoghi ed in questa materia, di "semplificare" il pensiero espresso dal CdS nelle sue decisioni forzandone l'effettiva portata. La lettura ponderata, attenta e per esteso delle decisioni del CdS potrebbero portare le A.T.I. ricorrenti ad evitare di insistere in un contenzioso senza futuro agevolando il fenomeno, da tutti invocato, della deflazione del carico giudiziario. La decisione in esame del CdS, seppur espressa nella fase cautelare, risulta devastante per coloro che ritengono, a torto, che l'offerta economicamente più vantaggiosa sia quella che offre il maggior ribasso. L'esperienza quotidiana, per chi tratta la materia degli appalti, ci ha portato a constatare che i casi in cui le opere pubbliche non vengono realizzate lo si deve, proprio, allo *escamotage* del ribasso anomalo (non adeguatamente sanzionato dalla Commissione di gara) che le imprese aggiudicatriche cercano di immunizzare con un altro *escamotage* della c.d. "variante in corso d'opera". Variante anche c.d. "a sorpresa" che comporta, ovviamente, maggiori oneri economici per la P.A. per svariati milioni di euro. Di fronte a tale prassi, purtroppo, diffusa il più delle volte si assiste all'intervento delle Procure delle Repubbliche territoriali che pongono sotto sequestro i cantieri con l'avvio di procedimenti penali a carico degli autori di reato (turbativa d'asta, associazione a delinquere, concussione, corruzione, truffa contrattuale ecc.). Alla P.A., persona giuridica offesa dai reati, non rimane altro che prendere atto dell'impossibilità, il più delle volte, di realizzare l'opera pubblica e valutare la costituzione di parte civile negli instaurandi processi. Il principio espresso in primo grado dal T.A.R. Calabria, confermato ora in sede di appello innanzi al CdS, che negli appalti il prezzo non può prevalere in maniera automatica sulla qualità purché siano rispettati i parametri di proporzionalità e ragionevolezza costituisce, a parere della scrivente, un efficace "antidoto" alla deprecata prassi delle "varianti in corso d'opera a sorpresa". Le A.T.I. partecipanti alle gare di appalto devono puntare, ove la *lex specialis* lo stabilisca, sulla maggiore offerta tecnica rispetto a quella meramente economica. L'automatismo della prevalenza automatica ed assoluta del prezzo sulla qualità non trova conforto nelle decisioni del Consiglio di Stato e il provvedimento in commento lo ribadisce graniticamente e senza lasciare spazio a letture alternative.

** Avvocato del Foro Libero di Catanzaro
www.avvocaticiambronemascaro.com*

[Indietro](#)