

DETERMINAZIONE N. 1/2003

del 22 gennaio 2003

“Concessioni di lavori pubblici ex art.19, comma 2, della legge n.109/94, affidate secondo le modalità indicate nei successivi artt. 20 e 21, comma 2, lettera b)- Problema relativo alla forma che deve assumere l'offerta 'progettuale'.

Concessioni aggiudicate in esito a gara preliminare e successiva procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte, ai sensi dell'art. 37quater, comma 1, lettera b) della medesima legge- Incidenza degli elementi di valutazione di natura 'qualitativa'.

Approfondimento”.

Premesso che:

L'Autorità, nell'espletamento dei compiti ad essa demandati dalla legge 109/94, ha analizzato diverse procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici, riscontrando in alcuni bandi di gara la presenza di una clausola che indicava la *progettazione definitiva* dell'opera a farsi quale parte integrante dell'offerta, da predisporre - pertanto - già in tale sede e posta quindi come onere per tutti i concorrenti, nonostante il combinato disposto degli [art.19, comma 2](#), [art.20](#) e [art.21, comma 2](#), lettera b) della legge n. 109/94 risulti chiaro nel precludere una tale facoltà alle stazioni appaltanti.

Rilevata la suddetta anomalia, veniva avviata un'indagine conoscitiva relativa agli affidamenti in concessione di costruzione e gestione posti in essere nel biennio 2000 - 2001, al fine di acquisire, in particolare, i dati e gli elementi relativi alla *“forma dell'offerta progettuale”* richiesta dalle stazioni appaltanti ai fini degli affidamenti in concessione.

I dati acquisiti hanno evidenziato l'esistenza di una “disomogeneità interpretativa” da parte delle s.a. circa gli elementi che - a termini di legge - possono essere richiesti ai concorrenti in fase di gara ai fini del successivo affidamento in concessione.

Per questo motivo ed anche alla luce delle modifiche introdotte nella specifica materia dalla [legge n. 166/02](#), è stata ritenuta opportuna una pronuncia chiarificatrice da parte di questa Autorità.

Ritenuto in diritto

Come è noto, l'[art.19, comma 2](#), della legge n.109/94 stabilisce che le concessioni di lavori pubblici *“sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici”*, mentre il successivo [art.20, comma 2](#), chiarisce che esse *“sono affidate mediante licitazione privata ponendo a base di gara un progetto preliminare corredato, comunque, anche degli elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, ideologiche e sismiche”* e che *“l'offerta ha ad oggetto gli elementi di cui all'[articolo 21, comma 2](#), lettera b), nonché le eventuali proposte di varianti al progetto posto a base della gara”*.

In proposito va subito evidenziato che l'art.7, comma 1, lettera l), della legge n.166/02 ha apportato una significativa modifica al predetto [comma 2 dell'art. 20](#), laddove precisa che a base di gara deve essere posto un

"progetto almeno di livello preliminare", mentre non ha introdotto alcuna innovazione al testo dell'[art.19, comma 2](#), che pone – come detto – la *progettazione definitiva* tra le prestazioni contrattuali e quindi la colloca in una fase temporale successiva a quella dell'aggiudicazione.

Pertanto, stante l'invariato ed inequivocabile contenuto dell'[art.19, comma 2](#), la suddetta modifica non può significare che alle stazioni appaltanti venga concessa la facoltà discrezionale di richiedere a tutti i concorrenti – già in fase di offerta – la predisposizione del *progetto definitivo*, nell'accezione di cui all'[art. 16 comma 4](#) della legge quadro, ma va interpretata nel senso che l'amministrazione concedente deve farsi carico di un'attività preventiva tesa alla determinazione di una serie di parametri 'progettuali' che implementino l'elaborazione di livello *preliminare*, al fine di consentire la formulazione consapevole dell'offerta da parte degli interessati, senza far gravare su di essi un indebito onere.

In tal senso, non può che ribadirsi quanto espresso con la [determinazione n.12 del 7.3.2000](#), e cioè che il *progetto preliminare* posto in visione dei concorrenti deve essere "*per così dire arricchito di ulteriori elementi... per corrispondere ad esigenze che possano trovare giustificazioni solo nelle scelte e nell'attività della pubblica amministrazione*", mentre la prestazione di *progettazione definitiva* deve formare, di regola, parte integrante dell'oggetto del contratto di concessione – con conseguente suo espletamento in una fase successiva all'affidamento – da porre a carico del solo concorrente che in esito alla gara risulta essere l'effettivo ed unico aggiudicatario.

Per inciso, l'attuale quadro normativo prevede comunque che – in via preventiva – l'amministrazione concedente fornisca ai concorrenti una 'griglia' alla quale dovrà attenersi nell'operare le proprie valutazioni di ordine qualitativo.

Va infatti rammentato che per utilizzare il previsto criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'[art. 91 del D.P.R. n.554/99](#) dispone che agli *elementi di valutazione* di cui all'[art. 21, comma 2](#), lettera b) della legge (il prezzo, il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, nonché gli *ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare*) vengano assegnati "pesi" o "punteggi" – globalmente pari a cento – e che gli stessi debbano essere indicati nel bando di gara, unitamente ai sub-elementi e relativi "sub-pesi" e "sub-punteggi" in base ai quali si determina la valutazione qualitativa.

Infine, va considerato che il *progetto definitivo* ex [art.16, comma 4](#), della legge quadro, comprende la predisposizione di tutta una serie di elaborati, taluni dei quali non certamente indispensabili nella fase di gara relativa all'affidamento della concessione.

A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione che nell'[art. 20 della legge n.109/94](#) è assente qualsiasi riferimento alla progettazione definitiva, poiché il dettato normativo si limita ad affermare che l'affidamento avviene ponendo a base di gara un progetto preliminare predisposto dall'Amministrazione – eventualmente (ma non necessariamente) variato dall'aggiudicatario – con l'ulteriore aggiunta che "*i lavori potranno avere inizio soltanto dopo l'approvazione del progetto esecutivo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.*"

Il mancato esplicito riferimento di cui sopra potrebbe quindi dar luogo a ritenere che – all'esito dell'offerta corredata di eventuali varianti proposte dal concorrente-aggiudicatario – non risulti strettamente necessaria la preventiva e separata redazione del progetto definitivo, da predisporre pertanto contestualmente a quella del

progetto esecutivo.

Passando ad analizzare la forma che deve essere assunta dall'*offerta progettuale*, va innanzitutto ribadito il precedente concetto per cui, rispetto alla elaborazione di progetto posta a base di gara, è consentito ai concorrenti presentare eventuali e possibili varianti - giusto [art.87, lettera e\), del D.P.R. n.554/99](#) - ma nessuna vera e propria soluzione alternativa, che si discosti dalle scelte generali operate dalla stazione appaltante.

Come infatti sancito dallo stesso Consiglio di Stato, Sez. V, 30 novembre 2000, n. 6367 (già richiamato nella [determinazione n. 53/2000](#) del 7.12.2000), "*le modifiche al progetto predisposto dall'amministrazione non possono configurare un'alternativa progettuale, ma devono limitarsi ad innovazioni complementari e strumentali, nel rispetto delle linee essenziali e dell'impostazione del progetto di base.*"

Risulta inoltre opportuno sottolineare che l'offerta non può presentarsi in una forma univoca e prestabilita, in quanto la stessa si modella di volta in volta in relazione all'ordine di importanza assegnato dall'amministrazione aggiudicatrice agli elementi previsti dall'[art. 21 comma 2](#) della legge 109/94, da indicare preventivamente nel bando di gara o nel capitolato speciale d'appalto in relazione al diverso tipo di opera da realizzare e gestire.

Pertanto, all'incertezza nel definire i contorni precisi della elaborazione di cui deve farsi carico l'offerente può porre rimedio la sola stazione appaltante, indicando chiaramente - nell'avviso di gara - tutti gli elementi di valutazione e i relativi fattori ponderali in base ai quali la Commissione Giudicatrice valuterà le offerte pervenute.

Diventa conseguentemente necessaria la corretta applicazione dell'[art. 21, comma 2](#), laddove si chiarisce che gli elementi di valutazione sono "*variabili in relazione all'opera da realizzare*", per cui - ad esempio - il "*valore tecnico ed estetico dell'opera progettata*" potrà trovarsi ad assumere un peso percentualmente inferiore quando si dovranno soppesare le offerte relative ad appalti per la realizzazione di impianti a rete (pubblica illuminazione, distribuzione gas metano), mentre lo stesso elemento di giudizio potrà assumere una rilevanza notevole laddove la componente legata alla *progettazione architettonica* dell'opera da realizzare risulterà emergente, come può accadere per piscine, ospedali, residenze per anziani, cimiteri.

In qualche modo ciò potrebbe significare che il "*valore tecnico ed estetico dell'opera progettata*" assurge al ruolo di parametro di giudizio 'centrale' quando la concessione non ha la prevalente finalità della gestione, ma anche (o forse soprattutto) quella di costruire l'opera, configurandosi come sistema alternativo all'appalto di sola costruzione, rispetto al quale vi è certamente un minore impegno 'progettuale' per l'amministrazione, nonché la possibilità di corrispondere all'esecutore un prezzo che - seppur non più limitato alla aliquota massima del 50%, come stabiliva l'art.19, comma 2 della legge n. 109/94, prima delle modifiche introdotte dall'[art.7](#) della legge n.166/02 - può comunque risultare inferiore rispetto all'importo totale dei lavori.

In definitiva, il contenuto dell'offerta progettuale si concretizza nella prospettazione di migliorie da apportare al progetto posto a base di gara che - a solo titolo esemplificativo e non certamente esaustivo - potranno assumere la forma di:

- soluzioni tecnologiche innovative,
- flessibilità della utilizzazione,
- contenimento dei consumi energetici,
- minore impatto ambientale,
- particolari tipologie di impianti,

- qualità dei materiali e delle finiture,
- semplicità di manutenzione.

Le considerazioni sin qui riportate sono riferite espressamente agli affidamenti tramite *concessione* ex [art.19, comma 2](#), della legge n.109/94, ma possono estendersi – per alcuni aspetti – anche alle concessioni aggiudicate in esito a gara preliminare e successiva procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte, ai sensi dell'[art. 37 quater, comma 1, lettera b\)](#) della medesima legge.

Infatti, anche nel *project-financing* la gara iniziale viene svolta – sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui al citato [articolo 21, comma 2, lettera b\)](#), della legge, con indicazione preventiva degli elementi di valutazione di natura *qualitativa* (*valore tecnico ed estetico delle opere progettate, modalità di gestione*) e di quelli di natura *quantitativa* (*prezzo, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, livello delle tariffe*).

Pertanto, nella fase procedimentale tesa ad individuare le due migliori offerte, il problema relativo alla forma che deve assumere l'offerta 'progettuale' si presenta in forma assolutamente analoga a quanto rappresentato in precedenza.

Le varianti da proporre in sede di gara potranno dunque consistere nella prospettazione di migliorie, ma non di modifiche progettuali tali da snaturare il progetto posto a base di gara o comunque da renderlo non comparabile con quello presentato dal promotore e fatto proprio dall'amministrazione aggiudicatrice.

Per quanto riguarda la successiva fase della procedura negoziata - richiamando alcuni concetti espressi dall'Autorità in precedenti determinazioni - va innanzitutto sottolineato che essa si incentra sul confronto tra l'offerta del promotore e le due migliori selezionate con la gara, configurando "*l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata*". Non essendovi quindi particolari regole procedurali prestabilite, "*sarà opportuno che l'amministrazione aggiudicatrice precisi nel bando di gara le modalità cui intende attenersi nel corso della procedura negoziata, potendo anche prevedere la possibilità del ricorso a uno o più rilanci per quanto attiene agli elementi quantitativi (prezzi, tariffe, durata concessione, tempi di esecuzione, ecc) delle offerte presentate*".

In proposito sembra utile rilevare che il ricorso a rilanci plurimi, benché non precluso da specifiche disposizioni normative, deve intendersi comunque limitato - in ossequio ad un principio di complessiva convenienza - risultando evidente che all'incremento numerico delle sessioni di procedura negoziata corrisponde un allungamento dei tempi dell'azione amministrativa ed una progressiva riduzione dei margini di miglioramento delle offerte.

Per questo motivo, tenendo conto che la competizione viene svolta fra tre soli soggetti, sarà opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici valutino in via preventiva l'esistenza dei presupposti per spingersi oltre la seconda sessione di procedura negoziata e, conseguentemente, per disporre l'inserimento della relativa previsione nel bando di gara.

Circa gli elementi sui quali può articolarsi la rimodulazione dell'offerta, non vi è dubbio che tutti i parametri di natura *quantitativa* (prezzi, tariffe, durata della concessione, tempi di esecuzione, ecc.) possono formare oggetto di progressive riduzioni e quindi di miglioramento delle condizioni prospettate in precedenza ma, soprattutto, si prestano ad una valutazione di tipo 'automatico', in quanto applicata a dati numerici.

Va precisato che per ogni rilancio la migliore offerta sarà individuata applicando il metodo di valutazione di cui all'[allegato B](#) al D.P.R. n.554/99, impiegato per la individuazione dei due soggetti da invitare alla procedura negoziata.

Le misure degli elementi di valutazione da porre a base dei successivi rilanci sono quelle dell'offerta economicamente più vantaggiosa che nel precedente rilancio è risultata la migliore.

Dalle considerazioni svolte segue che,

A) Per quanto riguarda le concessioni di lavori pubblici ex [art.19, c.2](#), della legge n.109/94, affidate secondo le modalità indicate nei successivi artt. [20](#) e [21, c.2](#), lett. b):

1. in sede di gara i concorrenti - stando all'espressa formulazione legislativa - hanno esclusivamente l'obbligo di presentare un'offerta in grado di consentire all'amministrazione il corretto espletamento di un giudizio di valutazione relativo all'offerta economicamente più vantaggiosa, che sarà operato tenendo conto unicamente degli elementi di cui all'[art.21, comma 2](#), lettera b) della legge 109/94, costituenti *fattori ponderali* cui l'amministrazione aggiudicatrice dovrà discrezionalmente assegnare un ordine di importanza ed il relativo punteggio, modellandoli correttamente in base al tipo di opera da realizzare ed alle rispettive esigenze da soddisfare.

2. l'inserimento, nel bando di gara, di una clausola che obbliga tutti i partecipanti a redigere e presentare in sede di offerta la *progettazione definitiva*, nell'accezione di cui all'[art.16, comma 4](#), della legge n.109/94 (e quindi comprensiva anche di elaborati non strettamente indispensabili nella fase relativa all'affidamento della concessione), oltre a non ritenersi compatibile - per tutte le sopra esposte argomentazioni - con l'attuale quadro normativo, reca con sé il concreto rischio di un'indebita restrizione di quel principio di libera concorrenza che mira a garantire nell'ambito degli appalti pubblici la massima partecipazione possibile da parte di tutti gli operatori qualificati presenti sul mercato, in quanto pone a carico dei soggetti interessati alla gara un onere supplementare - anche di ordine economico - e può costituire causa *aggiuntiva* di esclusione dalla procedura di aggiudicazione.

3. per tutti i casi in cui il "*valore tecnico ed estetico dell'opera progettata*" costituisca un elemento significativo ai fini della valutazione dell'offerta e sia quindi richiesta un'elaborazione progettuale ad opera dei concorrenti, tale elaborazione non potrà configurare soluzioni alternative a quella proposta dall'amministrazione concedente, dovendo invece concretizzarsi in un arricchimento, in termini di contenuti, del progetto base, nel rispetto dei criteri stabiliti nel bando di gara o nel capitolato speciale d'appalto. Pertanto, in linea con l'attuale quadro normativo - nonché con gli stessi principi di derivazione comunitaria in materia di appalti pubblici - la stazione appaltante dovrà farsi carico di specificare in modo dettagliato ed esaustivo, oltre agli elementi prescritti dal combinato disposto degli [art.20, comma 2](#), e [21, comma 2](#), lettera b), anche i sub-elementi e i relativi sub-pesi o sub-punteggi, come prescrive l'[art.91](#), comma 2, del regolamento di cui al D.P.R. n. 554/99.

B) Per quanto riguarda le concessioni aggiudicate in esito a procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte, ai sensi dell'[art. 37quater, comma 1](#), lettera b) della medesima legge:

1. qualora il bando di gara, nel precisare le modalità cui attenersi nel corso della procedura negoziata, preveda

anche la possibilità di rilanci, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà preventivamente valutare - in ossequio ai principi generali di rispetto dei criteri di efficacia e tempestività dell'azione amministrativa - l'esistenza dei presupposti per spingersi oltre la seconda sessione di rilancio.

2. in ordine alla rimodulazione dell'offerta nelle sedute di procedura negoziata, si ritiene che i rilanci possano riguardare - di norma - tutti i parametri di natura *quantitativa* (prezzi, tariffe, durata concessione, tempi di esecuzione, ecc.) per i quali la progressiva riduzione comporta un miglioramento delle condizioni prospettate in precedenza e che si prestano ad una valutazione di tipo 'automatico'.

Il Relatore

Il Presidente [Torna su](#) [Home](#)