



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 490 DEL 3 maggio 2017

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. Sezione autonoma di Catania – Procedura aperta per l'affidamento di lavori realizzazione nuova caserma dei Carabinieri presso l'area comunale in c.da Ramo da destinare a sede della compagnia dei Carabinieri di Partinico (PA). S.A.: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provv. Interregionale OO.PP. Sicilia-Calabria.

PREC 141/16/L BIS

Offerta economicamente più vantaggiosa – criteri di valutazione.

Non è conforme alla normativa di settore prevedere quale criterio di valutazione dell'offerta la possibilità per il concorrente di effettuare ulteriori e diverse prestazioni non rientranti nel progetto esecutivo definito a base di gara in quanto non propriamente attinente al merito dell'offerta tecnica e della sua qualità.

I criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, ciò al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento. Le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Art. 95, d.lgs. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 172411 del 21 novembre 2016 presentata dalla Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. Sezione autonoma di Catania, relativamente alla procedura per l'affidamento di lavori realizzazione nuova caserma dei Carabinieri presso l'area comunale in c.da Ramo da destinare a sede della compagnia dei Carabinieri di Partinico (PA);

VISTI in particolare, i tre profili di doglianza sollevati da parte istante in merito a quanto prescritto nella *lex specialis* di gara circa: 1) l'attribuzione all'offerta tecnica di punteggio (20/100)



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

qualora l'operatore economico si impegni a eseguire i lavori di completamento delle camerate, non previsti nel progetto esecutivo. L'ANCE sostiene l'illegittimità di tale previsione poiché trattasi di elementi di valutazione non attinenti al merito dell'offerta tecnica e della sua qualità intesa come proposta di soluzioni progettuali migliorative o di tecnologie esecutive e organizzative che devono essere coerenti al progetto a base di gara. Ritiene, inoltre che si concretizzerebbe un dissimulato ulteriore ribasso economico. 2) la prevista corresponsione, ai sensi dell'art. 35, comma 18 d.lgs. 50/2016, di una anticipazione in favore dell'appaltatore pari al 20% dell'importo contrattuale. L'associazione istante ritiene che siffatta clausola debba fare riferimento al valore stimato dell'appalto. 3) la presunta illegittimità della prevista clausola di esonero della responsabilità dell'ente per mancato finanziamento dell'opera;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto con nota del 18.1.2017;

VISTE le osservazioni formulate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provv. Interregionale OO.PP. Sicilia-Calabria con le quali si riporta a quanto già precisato nella nota dell'8.11.2016 inviata all'Ance Palermo ritenendo che: 1) non è obbligatorio che l'offerta tecnica si traduca in una proposta di soluzioni progettuali migliorative e che è data facoltà alle stazioni appaltanti di scegliere se consentire o meno ai concorrenti di presentarle. Sostiene il Provveditorato che il completamento delle camerate non possano tradursi *“in una diversa ideazione dell'oggetto dell'appalto ponendosi come del tutto alternativo rispetto a quello ideato dalla stazione appaltante”*, incidendo in termini percentuali in misura molto ridotta sul progetto esecutivo posto a base di gara in perfetta continuità con il medesimo. Con riferimento, invece alle ulteriori censure sollevate circa 2) la corretta interpretazione dell'art. 35, comma 18, d.lgs. 50/2016 evidenzia il Provveditorato che il riferimento nel bando di gara all' "importo contrattuale" sarebbe stato eliminato, rinviando a una formulazione generica. 3) Con riferimento alla clausola di esonero prevista sostiene che, riprendendo quanto statuito sul punto dalla giurisprudenza, le Amministrazioni hanno inteso richiamare l'attenzione sul fatto che non possa essere esclusa una revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuto mancato finanziamento dell'opera;

VISTA l'ulteriore memoria riassuntiva e integrativa inoltrata dall'ANCE Catania con la quale ribadisce quanto già precisato nella richiesta di parere, evidenziando che emergono prestazioni ulteriori e indipendenti che sono poste a carico dell'appaltatore come condizione de facto, per l'aggiudicazione, con la conseguenza che l'incidenza dei punteggi previsti sia tale da condizionare in concreto il risultato della gara;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, d.lgs. 50/2016;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, nel caso in esame, il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO, in generale, che nella fase del disegno della gara la stazione appaltante deve individuare concretamente i propri obiettivi (di regola molteplici), attribuire un peso relativo a ciascuno di essi, definire le modalità attraverso cui viene valutato il grado di adeguatezza di ciascuna offerta rispetto al singolo obiettivo, nonché sintetizzare le informazioni relative a ciascuna offerta in un unico valore numerico finale;

CONSIDERATO che la disposizione sopra richiamata, come noto, prevede che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, ciò al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento;

CONSIDERATO, altresì, che l'Autorità nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *"Offerta economicamente più vantaggiosa"*, ha specificato che *«le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo»*;

RILEVATO che con particolare riguardo al tema delle offerte migliorative, giova richiamare la posizione assunta dall'Autorità, già nel parere n. 107 del 27 maggio 2010, in cui veniva precisato che *«la variazione migliorativa è legittimamente ammessa sempre che sia riconducibile nella sfera delle migliori modalità esecutive del progetto base, da individuare in quelle soluzioni tecniche che consentano di realizzare quanto progettato in modo da garantire una migliore qualità delle lavorazioni dedotte in contratto, salve restando le scelte progettuali fondamentali già effettuate dall'Amministrazione»*.

RITENUTO che, le proposte migliorative in una gara d'appalto si differenziano dalle varianti in quanto nelle prime possono rientrare tutte le precisazioni, integrazioni e migliorie attuate allo scopo di rendere il progetto prescelto meglio rispondente alle esigenze della stazione appaltante, a condizione che non vengano modificati ed alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste, in quanto ciò implicherebbe una totale divergenza e un radicale discostamento dall'oggetto della gara stessa (cfr. Cons. Stato, sentenza 10 gennaio 2017, n. 42);

CONSIDERATO che la *lex specialis* non risulta aver contemplato espressamente la possibilità di formulare nell'offerta tecnica proposte di soluzioni progettuali migliorative né faccia riferimento a possibili varianti al progetto, limitandosi a prevedere nel disciplinare, con riferimento al



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contenuto della busta “B – Offerta tecnica”, l’attribuzione di un punteggio massimo di 60, articolato sulle voci “Completamento delle camerate” (punteggio massimo di 20) e “uso di materiali e prodotti eco-sostenibili in possesso di certificazioni ecologiche” (punteggio massimo di 40);

CONSIDERATO che siffatta scelta, con particolare riferimento alla voce “Completamento delle camerate”, appare orientata all’utilizzo di un criterio di valutazione non propriamente attinente al merito dell’offerta tecnica e della sua qualità traducendosi, di fatto, nella possibilità per il concorrente di effettuare ulteriori e diverse prestazioni non rientranti nel progetto esecutivo definito a base di gara;

CONSIDERATO altresì che, con riferimento al restante elemento di valutazione dell’offerta tecnica “uso di materiali e prodotti eco-sostenibili in possesso di certificazioni ecologiche” e il relativo punteggio assegnato (massimo 40), risulta esso carente al suo interno di una differenziazione in più puntuali sub-criteri, con gradazione dei relativi punteggi;

TENUTO CONTO che nel caso in esame la disciplina di gara, anche con riferimento all’offerta temporale, prevede l’attribuzione di un punteggio massimo di 10 al tempo di esecuzione offerto per l’ultimazione delle opere, comprendente anche l’eventuale tempo per il completamento delle camerate;

RITENUTO che i parametri di attribuzione del punteggio come sopra descritti possano pertanto realizzare un appiattimento delle offerte su medesimi valori, ponendo l’evidente rischio di vedere vanificato l’obiettivo previsto dal legislatore, quale quello di ricercare il miglior rapporto prezzo/qualità insito nel criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa;

CONSIDERATO, invece, quanto previsto attualmente dall’art. 35, comma 18, d.lgs. 50/2016 in tema di corresponsione dell’anticipazione del prezzo, laddove stabilisce che: *«Sul valore stimato dell’appalto viene calcolato l’importo dell’anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all’appaltatore entro quindici giorni dall’effettivo inizio dei lavori. L’erogazione dell’anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all’anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell’anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori (...). L’importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero dell’anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall’anticipazione, con obbligo di restituzione, se l’esecuzione dei lavori non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione»;*

TENUTO CONTO che, come risulta dallo schema di decreto legislativo correttivo del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, approvato dal Consiglio dei ministri



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nella seduta del 13 aprile 2017 e al momento in via di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, con particolare riguardo al comma 18 dell'art. 35, si apprende che la norma di riferimento presumibilmente subirà la modifica nel senso che l'anticipazione del prezzo da corrispondere all'appaltatore da parte della stazione appaltante deve essere calcolata "sul valore del contratto di appalto", invece che sul "valore stimato" come attualmente previsto. Sul punto è utile evidenziare che si è espresso il Consiglio di Stato con parere n. 782/2017 rappresentando che «si tratta di una modifica sostanziale, che risponde alla corretta esigenza di evitare, da un lato, un'anticipazione inutilmente elevata per la stazione appaltante, dall'altro lato, una garanzia fidejussoria troppo onerosa per l'appaltatore, ancorando la misura dell'anticipazione e della garanzia a un dato reale e non stimato»;

TENUTO CONTO che, sul punto, le indicazioni fornite nella *lex specialis* di gara ancorché depongano nel senso sopra appena descritto, risultano comunque essere state oggetto di appositi chiarimenti/precisazioni/FAQ da parte del Provveditorato mediante i quali è stato evidenziato che la previsione contenuta nel disciplinare di gara deve essere intesa nel senso che "la stazione appaltante corrisponderà all'appaltatore un'anticipazione ai sensi dell'art. 35, comma 18 d.lgs. 50/2016, nella misura che verrà successivamente precisata dalla giurisprudenza e/o dall'Anac", manifestando così l'intenzione di uniformarsi a essa, in virtù del principio di eterointegrazione del bando e del disciplinare di gara;

CONSIDERATO infine, che relativamente alla prevista lettera c) del paragrafo relativo alle precisazioni finali del disciplinare di gara «l'aggiudicatario non ha alcunchè a pretendere in caso di mancato finanziamento dell'opera» giova richiamare quanto precisato dalla giurisprudenza contabile laddove si è espressa nel senso «*l'ente appaltante, all'atto dell'affidamento dei lavori alla ditta, assume nei suoi riguardi l'obbligo contrattuale diretto e la sussistenza di un rapporto di finanziamento con soggetti terzi rimane del tutto avulso e ininfluenza dalla causa del contratto*» (cfr. Corte dei Conti, sez. Puglia, n. 53/2013) nel senso che il mancato finanziamento dell'opera non può intendersi motivo sufficiente di esonero da responsabilità della stazione appaltante,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che, nel caso in esame:

- non è conforme alla normativa di settore prevedere quale criterio di valutazione dell'offerta la possibilità per il concorrente di effettuare ulteriori e diverse prestazioni non rientranti nel progetto esecutivo definito a base di gara in quanto non propriamente attinente al merito dell'offerta tecnica e della sua qualità;
- i parametri di attribuzione del punteggio previsti per l'offerta tecnica non consentono un effettivo confronto concorrenziale, con il rischio di vedere realizzate situazioni di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

appiattimento delle offerte sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, così come previsto dall'art. 95, d.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 maggio 2017
Il segretario Maria Esposito