



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1043 del 14 novembre 2018

Fascicolo 3974/2018

Oggetto: Comune di Ostuni – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di “*Miglioramento strutturale e non strutturale del Plesso San Giovanni Bosco della Scuola Secondaria di 1° grado N.O. Barnaba – S. G. Bosco*” nel Comune di Ostuni. Importo a base d’asta pari a € 753.875,00. CIG: 7570522064.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell’adunanza del 14 novembre 2018,

Visti il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all’Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell’Ufficio Vigilanza Lavori.

Considerato in fatto

L’Autorità ha avviato il procedimento istruttorio sulla base della segnalazione del 19 settembre 2018, acquisita al protocollo n. 77140, volta ad evidenziare presunte irregolarità relative alla procedura aperta, indetta dalla Stazione Unica Appaltante costituita dalla Provincia di Brindisi, afferente ai lavori di “Miglioramento strutturale e non strutturale del Plesso San Giovanni Bosco della Scuola Secondaria di 1° grado N.O. Barnaba – S. G. Bosco” nel Comune di Ostuni, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Nella cennata segnalazione, avanzata da un’impresa interessata a partecipare alla gara, si rappresenta che la procedura in questione non sembrerebbe pienamente rispettosa delle prescrizioni di legge, in quanto alcuni degli elementi inseriti tra le componenti valutative dell’offerta tecnica parrebbero costituire lavorazioni aggiuntive, ravvisando una possibile violazione del comma 14-*bis* dell’art. 95 del d. lgs. 50/2016.

Si fa riferimento, in particolare, alla tabella relativa alla parte qualitativa dell’offerta tecnica di cui

al Bando di gara, nella quale, dopo aver precisato - nella sezione A - gli «Interventi migliorativi inerenti gli impianti anche ai fini del risparmio energetico», la Stazione Appaltante ha declinato - nella sezione B - i due punti concernenti la «Sistemazione spazi esterni», come di seguito meglio evidenziati:

B.1 - «Realizzazione di un sistema di copertura dello spazio sportivo esterno tale da renderne possibile la fruizione invernale, come riportato nell'elaborato grafico (Tav GB1.VC.01) agli atti di gara, ma non costituente oggetto dell'appalto» – punti 25/30;

B.2 - «Sistemazione dell'area esterna di pertinenza della scuola con elementi di arredo urbano: panchine prefabbricate in materiale ecosostenibile, cestini portarifiuti in materiale ecosostenibile, rastrelliere per biciclette dotate di sistema antieffrazione, etc. Sarà valutata la proposta con riguardo alla tipologia ed alla relativa funzionalità degli arredi urbani, oltre che all'integrazione degli stessi con il contesto progettuale e considerato come completamento e dotazione delle sistemazioni esterne. Si veda elaborato (Tav GB1.VE.01) agli atti di gara ma non costituente oggetto dell'appalto» – punti 5/30.

Scendendo più nel dettaglio dell'esame della documentazione di gara e negli atti ad essa propedeutici, è emerso che:

- nelle «Condizioni dell'Offerta Tecnica» di cui a pag. 13 del Disciplinare di gara, alla lettera a) si esclude espressamente la possibilità di «prevedere varianti al progetto esecutivo posto a base di gara (relativamente per gli elementi qualitativi di valutazione A1-A2-A3-A4)», consentendo «esclusivamente miglioramenti allo stesso», nella lettera «c) come previsto al punto II.2.6) del bando di gara, sono autorizzate varianti, ai sensi dell'art. 95, c.14, del D.Lgs. 50/16, in relazione agli elementi qualitativi di valutazione B.1 e B.2»;
- nella Deliberazione della Giunta Comunale n. 194 del 6.07.2018, relativa all'approvazione del progetto esecutivo avente riguardo ai lavori in questione, a pag. 9, si precisa: «Il progetto comprende una particolare sezione riferita ai possibili interventi di "Variante migliorativa" finalizzate principalmente al miglioramento delle prestazioni impiantistiche (elettrico, idrico-fognario, antincendio, riscaldamento, fotovoltaico), nonché alla realizzazione di una copertura pressostatica da eseguire in corrispondenza del campo polifunzionale (basket/pallavolo) esterno, e nella sistemazione, il completamento e la revisione dei cancelli e della recinzione perimetrale. Per quel che riguarda in generale gli impianti, al momento comunque funzionanti e provvisti delle relative certificazioni, per carenza di disponibilità economica è prevista la sola revisione legata alle lavorazioni edili necessarie al miglioramento sismico. Pertanto saranno oggetto di miglioria tutte le possibili soluzioni che consentano una migliore prestazione sia in termini di consumi energetici, che funzionali, che di utilizzo di fonti rinnovabili. Al fine di permettere una chiara conoscenza dello stato degli impianti è stata redatta una apposita relazione sullo stato attuale degli stessi. Per il campo polifunzionale, è prevista tra le migliorie la possibile realizzazione di una copertura pressostatica che possa permettere un pieno utilizzo anche nella stagione invernale. Di tale copertura è fornito un elaborato specifico che ne individua le caratteristiche dimensionali e tipologiche. Infine è prevista, sempre come possibile miglioria, una revisione generale della recinzione e dei cancelli di accesso al plesso scolastico».

Con nota prot. n. 79568 del 26 settembre 2018 questa Autorità ha, dunque, comunicato alla Stazione Appaltante l'avvio dell'istruttoria finalizzata ad approfondire la criticità venuta in rilievo, avente, in particolare, riguardo all'inserimento, tra i criteri di valutazione della procedura di cui trattasi, di specifici elementi valutativi relativi ad alcune opere ulteriori «non costituenti [per espressa indicazione dello stesso Bando] oggetto dell'appalto», ed ha invitato la S.U.A. a presentare le proprie controdeduzioni sul rilievo formulato, allegando idonea documentazione di supporto, e ad informare circa eventuali

iniziative già intraprese o da intraprendere, in via di autotutela, alla luce dei contenuti della richiamata nota.

In data 15.10.2018 risulta pervenuto il riscontro da parte della Stazione Appaltante, acquisito al prot. n. 84853, contenente le motivazioni a supporto delle previsioni in esame, senza alcuna documentazione in allegato.

Nello specifico, la Stazione Appaltante, dando atto che “*allo stato la procedura di gara è sospesa, in quanto non ancora nominata la commissione giudicatrice preposta all’espletamento delle relative operazioni di gara*”, rileva che i 6 elementi qualitativi, indicati nel bando, al punto II.2.4) Criteri di aggiudicazione, sono stati così suddivisi: «*I primi 4 (criteri A.1-A.2-A.3-A.4) per soluzioni/proposte migliorative (sempre consentite, purché non alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio dei concorrenti); i restanti 2 per varianti progettuali ex art. 95, c. 14, del D.Lgs. 50/16 (elementi B.1 e B.2), ammissibili, in quanto autorizzate, come previsto al punto II.2.6 del bando e 4.1.1 del disciplinare di gara*». Ed ancora: «*E’ opportuno rilevare che il bando non prevedeva alcuna clausola escludente in relazione alle varianti progettuali (...). Le uniche possibili “sanzioni”, eventualmente applicabili in caso di assenza (...) sarebbero consistite nella loro non valutazione, ovvero, nel mancato conseguimento del relativo punteggio previsto. Nel merito delle relative varianti, come previsto dalla stessa lex di gara al citato punto II.2.6, era autorizzata, quindi consentita, la presentazione di varianti, ai sensi dell’art. 95, c.14, del D.Lgs. 50/2016, secondo le specifiche tecniche, caratteristiche e/o requisiti minimi che le dette varianti dovevano rispettare, come esplicitate e definite nella Relazione Generale al punto 5.0 e negli elaborati progettuali GB1.VI.01- GB1.VC.01- GB1.VE.01, che completano, e parti integranti, del progetto esecutivo posto a base di gara. In relazione alla possibilità della presentazione delle suddette “varianti progettuali”, consentite dal comma 14 dell’art. 95 del D.Lgs. 50/16, le stesse si sostanziano, come nel dettaglio esplicitato sia negli atti di progetto, che nella relazione del RUP, allegata alle presenti controdeduzioni per farne parte integrante e sostanziale, in integrazioni e modifiche di natura prettamente qualitativa, pienamente collegate all’oggetto dell’appalto, tese al miglioramento strutturale, e non strutturale, del relativo plesso scolastico oggetto d’appalto. (...) Ciò posto, nel merito dei rilievi formulati da codesta Anac, si chiarisce che le varianti progettuali autorizzate, non rappresentano “opere aggiuntive” secondo la previsione contenuta al comma 14-bis dell’art. 95 del codice, in quanto si ritiene che le “opere aggiuntive” delineate dalla predetta norma, siano riferite a fattispecie ben diverse dall’istituto delle varianti previste dal comma 14 del citato art. 95. Infatti, le “varianti progettuali” non costituiscono né opere autonome, secondo la terminologia definita dall’art. 3, c.1 –lett. pp del codice, e né elementi aggiuntivi ed estranei rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo posto a base di gara, secondo la delineaazione del comma 14-bis dell’art. 95 del codice, per le quali opere aggiuntive non è consentito alcuna attribuzione di punteggi, negli appalti aggiudicati con il criterio dell’OEPV, in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza, le opere aggiuntive sostanziano in opere alternative ed estranee al piano dell’opera in appalto. (...) Per quanto sopra rappresentato, le varianti progettuali previste e delineate negli atti di gara dell’appalto di cui trattasi, non costituiscono, sia per l’ente committente, che per questa stazione appaltante, “opere aggiuntive” come delineate secondo la ratio del comma 14-bis dell’art. 95 del codice. In definitiva, per le ragioni sopra esposte, le varianti autorizzate dal bando di gara in parola, sono “collegate all’oggetto dell’appalto”, nonché “coerenti con lo stesso senza stravolgerlo”, quindi “finalizzate a stimolare il miglioramento del bene”, in conformità a quanto previsto dalle Linee Guida ANAC n.2 (...). Per tutti i motivi sopra espressi, anche in ossequio al principio della par condicio e della parità di trattamento tra le imprese partecipanti alla relativa procedura di gara, si ritiene il bando e il disciplinare non meritevoli degli addebiti rappresentati. Di conseguenza, non si ritiene, allo stato, di intraprendere alcuna specifica iniziativa, in relazione alle circostanze significate con la nota che si riscontra».*

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine alla verifica delle richiamate previsioni di cui ai punti concernenti la «*Sistemazione spazi esterni*», inseriti nella sezione B, della tabella relativa alla parte qualitativa dell'offerta tecnica del Bando e della connessa documentazione di gara avente riguardo ai lavori in questione.

La criticità sorge in relazione al disposto dell'art. 95 che, al comma 14-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, fissando una norma di chiusura ostativa all'inserimento, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di elementi volti a premiare maggiori quantità prestazionali, prescrive in modo inequivocabile che *“In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 [offerta economicamente più vantaggiosa], le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta”*.

La *ratio* del divieto risulta illustrata nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, approvate dal Consiglio di questa Autorità con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 ed aggiornate al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018: *“La norma impedisce alla stazione appaltante di stimolare un confronto competitivo su varianti di tipo meramente quantitativo nel senso dell'offerta di opere aggiuntive, che potrebbero rivelarsi lesive del principio di economicità di esecuzione ovvero di qualità della prestazione principale. Il legislatore ha imposto di non tener conto di elementi meramente quantitativi nell'ambito di offerte che debbono prestare attenzione alla qualità, visto che la quantità sconta le valutazioni dell'offerente (sulla base di quanto è stato già definito dalla stazione appaltante nel progetto e nel capitolato tecnico) nella parte riservata al prezzo”*.

In sostanza, tale norma è finalizzata ad evitare distorsioni e ad impedire che, dietro un formale ossequio al disposto normativo, i principi comunitari vengano in realtà disattesi, “riducendo” il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa al criterio del prezzo più basso, “dissimulandolo” mediante l'artificio dell'offerta di elementi aggiuntivi della prestazione. Non può infatti negarsi che, di fatto, l'assegnazione di punteggi alle opere aggiuntive conduca a duplicare la valutazione del ribasso: una prima volta, mediante il punteggio attribuito alla componente economica dell'offerta, una seconda, indirettamente, attraverso la valorizzazione dei punteggi per le lavorazioni ulteriori.

Ciò posto, risulta del tutto evidente la sostanziale inconsistenza delle considerazioni svolte dalla Stazione appaltante.

Nel caso di specie, infatti, l'espressa previsione, da parte della Stazione Appaltante, dell'ammissibilità di varianti progettuali nella documentazione di gara e la stessa attribuzione della denominazione “varianti progettuali” alle lavorazioni di cui ai punti B.1 e B.2 della sezione intitolata «*Sistemazione spazi esterni*» riportata nel Bando di gara, non valgono a consentire di considerare le medesime come tali, in quanto si tratta in maniera del tutto evidente di lavorazioni aggiuntive estranee all'oggetto principale dell'appalto, che pur avendo qualche connessione con esso, non risultano necessarie alla sua completa o migliore esecuzione, in quanto dotate di un'individualità ben distinta e scorporabile, così come emerge in modo palese dall'analisi degli elaborati progettuali riferiti essenzialmente al miglioramento strutturale ed impiantistico del plesso scolastico in questione.

Ed invero, le varianti progettuali presentate in sede di offerta, di cui al comma 14 dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, qualora ammesse, debbono attenersi ai requisiti minimi indicati negli atti di gara e mirano a stimolare la migliore definizione di aspetti qualitativi della prestazione oggetto dell'appalto,

avvalendosi di modifiche del progetto dal punto di vista strutturale, qualitativo-tipologico e funzionale, rispetto a quelli definiti nella documentazione di gara. La Stazione Appaltante, ammettendole, apre la procedura alla possibilità di modificare il progetto esecutivo che ne è alla base, attraverso l'ottimizzazione di alcuni specifici profili tecnici, organizzativi o prestazionali.

Le opere aggiuntive richiamate nel comma successivo (14-*bis* dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016) rappresentano invece vere e proprie opere addizionali, e dunque ulteriori, rispetto alle lavorazioni previste nella documentazione di gara, che si connotano non sotto il profilo dell'accrescimento della qualità della prestazione oggetto dell'appalto - che risulta immutata nella sua costruzione progettuale - bensì in quello di incrementarne quantitativamente l'estensione, risultando questa, all'esito dell'operazione, manifestamente accresciuta. Per questa ragione, il legislatore ha inteso limitare la discrezionalità delle Stazioni appaltanti escludendo che, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (che si fonda non su una valutazione meramente economica, quanto più su una complessa ed efficace analisi economico-qualitativa), trovino spazio elementi premianti di mere aggiunte quantitative rispetto alla prestazione richiesta dal bando. Con la norma in questione «*si è [infatti] inteso evitare che, a fronte di procedure indette sulla base del progetto esecutivo (come di regola avviene ai sensi dell'art. 59 del Codice), l'aggiudicazione possa esser disposta – come per il passato è spesso avvenuto – premiando elementi di carattere avulso rispetto al proprium della procedura (e, in particolare, l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva)*» (Cons. di Stato, Parere n. 966 del 13 aprile 2018 sull'aggiornamento delle Linee Guida n. 2).

Sulla base di siffatte considerazioni, non può allora convenirsi con la denominazione attribuita dalla Stazione Appaltante alle opere di cui trattasi, risultando la stessa del tutto impropria, alla luce della documentazione a base di gara.

Nel Bando, i lavori oggetto della procedura sono descritti come interventi che: «*interessano il corpo principale dell'edificio (corpo A), facente parte del plesso S.G. Bosco, in particolare è prevista la ristrutturazione di tale corpo di fabbrica per lo svolgimento delle attività didattiche in n.13 aule, n. 2 laboratori, un ufficio, un archivio e un'aula multimediale. In sintesi, gli interventi di tipo strutturale, consistono nel ripristino funzionale e adeguamento alla normativa vigente della struttura, ai fini della certificazione di agibilità e gli interventi di tipo non strutturale in interventi edili di finitura esterna ed interna dell'edificio*».

A tali opere, è previsto poi che possano aggiungersi gli «*Interventi migliorativi inerenti gli impianti anche ai fini del risparmio energetico*», di cui agli «*Elaborati costituenti variante migliorativa*» denominati «*Impianti – Relazione Stato Attuale Impianti?*» (tav. GB1.VI.01) ed alla sezione A della tabella in cui sono riportati i criteri di valutazione e ponderazione relativa, nonché lavorazioni afferenti la «*Sistemazione spazi esterni*», ricompresi negli «*Elaborati costituenti variante migliorativa*» denominati «*Campo all'aperto – Copertura Pressostatica Campo Polivalente*» (tav. GB1.VC.01) e «*Sistemazione area esterna*» (tav. GB1.VE.01) e nella sezione B della medesima tabella, consistenti nella realizzazione di un sistema di copertura dello spazio sportivo esterno e nella sistemazione dell'area esterna di pertinenza della scuola con elementi di arredo urbano.

Con riguardo a tali opere, se può accedersi alla scelta operata dalla Stazione Appaltante per quanto concerne gli interventi definiti «*soluzioni/proposte migliorative*» di cui alla Sezione A, in quanto effettivamente gli stessi, mirando ad introdurre miglioramenti ai vari impianti, paiono consistere in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni di attuazione, non può invece in alcun modo condividersi la valutazione operata dalla stessa

Stazione Appaltante con riferimento agli interventi di cui alla sezione B. Tali prestazioni, consistenti nella realizzazione di un sistema di copertura dello spazio sportivo esterno e nella sistemazione dell'area esterna di pertinenza della scuola con elementi di arredo urbano, peraltro oggetto di specifiche e puntuali elaborazioni progettuali predisposte all'uopo dalla Stazione Appaltante, appaiono, di tutta evidenza, costituire opere diverse ed ulteriori che vanno ad aggiungersi agli interventi oggetto dell'appalto.

Per tutto quanto sopra premesso, alla luce delle controdeduzioni acquisite, la procedura avente riguardo ai lavori del Plesso San Giovanni Bosco della Scuola Secondaria di 1° grado N.O. Barnaba – S. G. Bosco nel Comune di Ostuni non appare conforme al disposto dell'art. 95, comma 14-*bis*, in quanto le lavorazioni consistenti nella realizzazione di un sistema di copertura dello spazio sportivo esterno e nella sistemazione dell'area esterna di pertinenza della scuola con elementi di arredo urbano, denominate «*Varianti progettuali*» dalla Stazione Appaltante, appaiono, con tutta evidenza, costituire più propriamente opere aggiuntive, rientranti, come tali, nel divieto di conferimento di specifico punteggio, rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.

Tutto quanto sopra considerato e ritenuto,

DELIBERA

- di ritenere le previsioni di cui ai punti concernenti la «*Sistemazione spazi esterni*», inseriti nella sezione B, della tabella relativa alla parte qualitativa dell'offerta tecnica del Bando di gara e della connessa documentazione avente riguardo ai lavori di miglioramento strutturale e non strutturale del Plesso San Giovanni Bosco della Scuola Secondaria di 1° grado N.O. Barnaba – S. G. Bosco nel Comune di Ostuni, e delle prescrizioni di gara ad esse collegate, non conformi all'art. 95, comma 14-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, interpretato anche alla luce delle richiamate Linee Guida n. 2, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, per violazione del divieto di conferimento di punteggio per l'offerta di opere aggiuntive, rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta;
- di inviare, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione alla Stazione Unica Appaltante – Provincia di Brindisi, ed al Comune di Ostuni, nelle persone del Segretario Generale e del RUP, affinché comunichi, entro 30 giorni dal ricevimento, gli eventuali provvedimenti adottati.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 novembre 2018.

Il Segretario

Maria Esposito