



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1075 del 21 novembre 2018

Parere ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50

Oggetto: Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione di un fabbricato di Edilizia Residenziale Pubblica di n. 15 alloggi sito in Via Righi nel Comune di Lanciano. CUP C47E15000090002 - CIG 731062134C - ATER di Lanciano.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 21 novembre 2018,

Visto l'articolo 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che definisce i poteri di vigilanza e controllo sui contratti pubblici dell'Autorità;

Visto l'articolo 211, comma 1-ter, primo periodo, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che attribuisce all'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici, il potere di emanare, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati;

Visto l'articolo 211, comma 1-ter, secondo periodo, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio se la stazione appaltante non si conforma al parere motivato reso ai sensi del primo periodo della richiamata norma, entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione;

Visto il Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., approvato dal Consiglio di questa Autorità con Delibera n. 572 del 13 giugno 2018 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale, del 17 luglio 2018, n. 164, che disciplina le modalità di esercizio della legittimazione attribuita all'ANAC dalle sopra richiamate disposizioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori,

Considerato in fatto

In data 29.10.2018 è pervenuto a questa Autorità un esposto volto ad evidenziare

presunte irregolarità relative alla procedura aperta, promossa dall'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale di Lanciano, per l'affidamento dei lavori di costruzione di un fabbricato di Edilizia Residenziale Pubblica di n. 15 alloggi sito in Via Righi nel Comune di Lanciano.

Nella cennata segnalazione si lamenta che alcuni degli elementi inseriti tra le componenti valutative dell'offerta tecnica parrebbero costituire lavorazioni aggiuntive cui è stato attribuito specifico punteggio, ravvisando, pertanto, una possibile violazione dell'articolo 95, comma 14-bis, del d.lgs. 50/2016.

La procedura di cui trattasi, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata indetta con Bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 10.10.2018, n. 118. L'importo previsto a base d'asta è pari a € 1.261.191,02, comprensivo degli oneri per la sicurezza. Il termine per la ricezione delle offerte è stabilito nel 16 novembre 2018 e la data per l'apertura delle stesse è fissata per il giorno 22 novembre 2018.

I rilievi, in particolare, si appuntano sulle previsioni di cui alla tabella relativa alla parte qualitativa dell'offerta tecnica di cui al Bando di gara, nella quale la Stazione Appaltante declina i criteri di valutazione, con annessi relativi punteggi, come di seguito meglio evidenziati:

- a.1 - *«Interventi finalizzati al completamento funzionale dei tre appartamenti ubicati al piano sottostrada»* - «punti 20/70»;
- a.2 - *«Interventi migliorativi di natura qualitativa dal punto di vista energetico ed estetico delle finiture esterne ed interne dell'edificio ivi compresi gli infissi esterni ed interni e la pavimentazione del terrazzo di copertura »* - «punti 20/70»;
- a.3 - *«Intervento di fornitura e posa in opera di impianto ascensore a servizio dei sei piani del fabbricato»* - «punti 20/70»;
- a.4 - *«Interventi finalizzati alla realizzazione della sistemazione esterna ivi compresa la pavimentazione del piano porticato»* - «punti 10/70».

Gli *«interventi»* di cui ai sopra menzionati punti a.1, a.2, a.3, a.4, risultano descritti con maggior dettaglio nella Relazione tecnica illustrativa, annessa alla documentazione di gara, ove si precisa che *«non sono stati contabilizzati nel computo»*, essendo *«da intendersi quali oggetto di offerta migliorativa»*:

1. *Fornitura e posa in opera dell'impianto ascensore;*
2. *Fornitura e posa in opera dell'impianto autoclave e serbatoi;*
3. *Fornitura e posa in opera del pavimento e dei battiscopa dell'area coperta piano terra;*
4. *Realizzazione delle tramezzature, degli impianti, degli intonaci, dei massetti, dei pavimenti e dei battiscopa dei locali tecnici posti a piano terra;*
5. *Realizzazione delle tramezzature, degli impianti, degli intonaci, dei massetti, dei pavimenti e dei battiscopa delle cantine al piano primo (interni n. 1, n. 2, n.3);*
6. *Realizzazione del pavimento e battiscopa terrazzo.*

Inoltre la realizzazione della scala esterna è esclusa dal presente appalto ed oggetto di un futuro

progetto di completamento. Tali scelte si sono rese necessarie per far sì che le somme a disposizione dell'ente fossero congrue alla cifra di € 1.721.542,06 come approvato nella Delibera dell'Amministratore Unico n. 12 del 08.08.2013».

Quanto sopra risulta ancor meglio esplicitato nella documentazione grafica di progetto, nella quale sono evidenziati tutti gli elementi della parte dell'appalto «*non presente nel computo ed oggetto dell'offerta migliorativa*», tra cui emergono - oltre a quelli già citati nella sopra menzionata elencazione -, un numero considerevole di infissi, nonché le tramezzature, gli impianti, gli intonaci, i massetti, i pavimenti, i battiscopa e le tinteggiature relativi agli alloggi nn.1, 2 e 3.

Tra le indicazioni volte ad illustrare la «*Procedura di aggiudicazione*», di cui alla sezione 13 del Disciplinare di gara, è precisato, infine, che «*Ai sensi dell'art. 95, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m. e i., è prevista una soglia di ammissibilità per i criteri qualitativi pari a 40 (quaranta). Al di sotto di tale soglia le offerte presentate non sono ammesse alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica*».

Ritenuto in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine alla verifica delle richiamate previsioni della tabella relativa ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica del Bando e dei connessi atti di gara.

All'esito dell'analisi condotta sulla richiamata documentazione emergono, con evidenza, alcune criticità che inducono a formulare parere ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, del d.lgs. 50/2016, ricorrendo, nel caso di specie, per le ragioni di seguito illustrate, la fattispecie legittimante di cui all'art. 6, comma 2, lett. h) del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., ovvero la presenza nel bando di clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza.

Ed invero, la criticità di più immediato apprezzamento sorge essenzialmente in relazione al disposto dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, che, al comma 14-bis, 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 è chiarita 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.

Nel caso di specie, si evidenzia che le prestazioni di cui ai punti a.1, a.2, a.3, a.4, della tabella dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica del Bando di gara, consistendo nel supplemento di tutta la serie di lavorazioni indicate in dettaglio nelle premesse fattuali, appaiono, di tutta evidenza, rientrare nell'accezione di "opere aggiuntive" cui alla previsione dell'art. 95, comma 14-bis, del d.lgs. 50/2016.

Le opere aggiuntive di cui trattasi, così come quelle richiamate nella cennata disposizione normativa, rappresentano infatti 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.

Né può valere, per esse, al fine di eludere il disposto normativo, l'attribuzione della denominazione di «*Interventi migliorativi*» operata dalla Stazione Appaltante, in quanto si tratta con chiarezza di vere e proprie prestazioni aggiuntive che, seppure connesse con l'oggetto principale dell'appalto, rappresentano in modo palese prestazioni ulteriori che vanno ad aggiungersi agli interventi espressamente ricompresi nell'oggetto della gara, così come evincesi dall'esame del progetto esecutivo posto a base della stessa. Con riguardo alla scelta operata dalla Stazione Appaltante, può accedersi alla definizione di proposte migliorative esclusivamente con riferimento a quella limitata parte degli interventi di cui al punto a.2 della tabella in questione, sostanziando specifiche 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. Diversamente, non può in alcun modo

condividersi la stessa valutazione compiuta dalla Stazione Appaltante con riguardo agli interventi di cui ai rimanenti punti.

Come noto, invero, nelle gare pubbliche, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai fini della valutabilità dell'offerta, sono consentite precisazioni, integrazioni e migliorie volte a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della Stazione Appaltante, ma la proposta migliorativa è legittimamente ammessa sempre che sia riconducibile nella sfera delle migliori modalità esecutive del progetto, da individuare in quelle soluzioni tecniche che consentano di realizzare quanto progettato in modo da garantire una migliore qualità dell'opera (T.r.g.a. Trentino Alto Adige – Bolzano, 23 agosto 2011, n. 297) e senza peraltro alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste (Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2017, n.42) o incidere sulla *par condicio* (Cons. St, Sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1019).

In tale contesto va anche osservato che l'assegnazione di punteggi ad opere aggiuntive conduce a duplicare la valutazione del ribasso, che avviene, 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, quale risultato della cennata duplicazione, la conseguente inosservanza dell'espressa previsione di cui all'art. 95, comma 10-*bis* del d.lgs. 50/2016, che indica, entro il limite del 30 per cento, il tetto massimo attribuibile al punteggio economico. Come chiariscono le Linee Guida n. 2 sopra richiamate: "*Tale misura è finalizzata ad assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo e a valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta in modo tale da dare spazio a criteri che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici*".

Orbene, in difformità dalle disposizioni di cui ai commi 14-*bis* e 10-*bis* dell'art. 95, nella documentazione di gara è stabilito che possano esser conferiti, per i criteri in contestazione, erroneamente qualificati come di natura qualitativa, ben 70 punti, accrescendo, così, attraverso l'introduzione di criteri meramente quantitativi, connessi alla valorizzazione di prestazioni aggiuntive, la valutazione relativa alla componente economica dell'offerta.

Un'ultima criticità emerge, infine, con riferimento alla clausola di cui alla sezione 13 del Disciplinare di gara, soprarichiamata, che condiziona l'ammissione delle offerte presentate alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica, dall'aver superato la soglia di 40 punti, per i criteri qualitativi. Se, infatti, in generale, una clausola di sbarramento non può considerarsi di per sé illegittima, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in concreto, l'attribuzione da parte della Stazione appaltante di un simile peso ponderale alle opere aggiuntive finisce con l'inficiare anche tale previsione.

Pertanto, in relazione all'espressa previsione di esclusione delle offerte che non superino la soglia di ammissibilità fissata in 40 punti, la prospettata violazione di cui all'art. 95, comma 14-*bis* del d.lgs. 50/2016, assume ancora maggiore rilevanza in quanto si opera in tal modo una restrizione ingiustificata della partecipazione alla gara che viola ancor più fortemente il libero confronto competitivo, già gravemente compromesso mediante il conferimento di siffatta misura di punteggi alle opere aggiuntive.

Tutto quanto sopra considerato,

DELIBERA

- di ritenere la sussistenza dei presupposti legittimanti per l'esercizio del potere di cui all'art. 6, comma 2, lett. h) del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., ravvisando la presenza nel bando di gara e nell'annesso disciplinare, nonché nei correlati atti di gara, di clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza;
- di trasmettere all'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale di Lanciano il presente parere motivato ai sensi degli artt. 8 e 9 del richiamato Regolamento ANAC, al fine di segnalare i vizi di legittimità riscontrati nel Bando in oggetto, come in parte motiva meglio illustrati, assegnando ai sensi dell'art. 211, comma 1-*ter*, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e dell'art. 9 del cennato Regolamento dell'ANAC, all'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale di Lanciano, il termine di trenta giorni dalla ricezione del presente parere per consentire, alla medesima, in una ottica di collaborazione istituzionale, di adeguare la documentazione di gara ai rilievi formulati, con avvertenza che, in mancanza di riscontro o in caso di mancata conformazione alle indicazioni di cui al presente parere, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare il bando di cui trattasi.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 novembre 2018.
Il Segretario Maria Esposito