



DELIBERA N. 251

24 maggio 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta - Procedura aperta per l'affidamento, in lotti, della realizzazione e della gestione di due moduli da 20 Posti Letto da dedicare a "Residenza Sanitaria per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza detentive (R.E.M.S.)" nel territorio della provincia di Caltanissetta, per anni tre (con opzione di rinnovo per ulteriori 12 mesi) - LOTTO 1 - Cl.G.: 9331816A2B. Importo a base di gara euro: 5.308.560,00 - S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta

UPREC/PRE/0109/2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Offerta tecnica – Immodificabilità

Massima

Appalto pubblico – In genere – Offerta tecnica – Elementi essenziali – Variazioni e modifiche – non consentite

I principi della concorrenza e della par condicio competitorum, nonché quelli di trasparenza e imparzialità dell'agere amministrativo impediscono che possano essere accettate variazioni o modifiche degli elementi essenziali dell'offerta tecnica. Tale divieto si estende anche al periodo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 maggio 2024

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 45632 del 12 aprile 2024 con cui l'Asp di Caltanissetta ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla legittimità della variazione dell'immobile indicato dal RTI aggiudicatario nell'offerta tecnica per la realizzazione e gestione della REMS "Residenza Sanitaria per l'Esecuzione delle misure di sicurezza detentive", in conseguenza del recesso dal raggruppamento della mandante Iside Soc. coop. Sociale, che aveva in disponibilità il suddetto immobile;

VISTO quanto rappresentato dalla Stazione appaltante in merito allo svolgimento delle operazioni di gara. Alla procedura di gara partecipava, come unico concorrente, il raggruppamento Sentiero per la vita s.r.l. (mandataria), Newlife, Area vita, Euromanager sanita', A.S. D.A. s.r.l.s., Iside societa' cooperativa sociale, in favore del quale veniva disposta l'aggiudicazione. In data 11 gennaio 2024, il raggruppamento comunicava il recesso della mandante Iside S.r.l. per ragioni organizzative e la variazione dell'immobile originariamente individuato per la realizzazione della REMS, detenuto dalla Iside, con altro immobile appositamente identificato, allegando una relazione tecnica a comprova della assoluta equivalenza – se non superiorità – del nuovo immobile rispetto a quello precedentemente indicato. La Stazione appaltante, tenuto conto che talune caratteristiche dell'immobile avevano costituito oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, decideva di chiedere un parere ad un legale circa l'ammissibilità della suddetta variazione. Il legale incaricato escludeva la legittimità di una tale modifica. Il raggruppamento aggiudicatario contestava con plurime argomentazioni il parere negativo espresso;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 46489 del 15 aprile 2024;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 48437 del 19 aprile 2014, con cui la mandataria del RTI aggiudicatario, Sentiero per la Vita S.r.l., ha rappresentato che il recesso della Iside Soc. coop. Sociale è avvenuto per mere esigenze organizzative e non per la sopravvenuta indisponibilità dell'immobile, che le restanti imprese dispongono dei requisiti atti all'esecuzione delle prestazioni dedotte in appalto e che, pertanto, sotto sotto profilo, il recesso della mandante deve intendersi pienamente legittimo. Quanto alla variazione dell'immobile, l'impresa ha ritenuto doveroso evidenziare che in nessun modo è stata modificata l'offerta tecnica, né tantomeno alterati gli elementi del contratto e/o bando inizialmente pattuiti, né mutato l'equilibrio economico e qualitativo del contratto; al contrario, ci si troverebbe al cospetto di una mera modifica della modalità esecutiva dell'appalto, ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, ammissibile anche nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto (come recentemente statuito dal Cons. Stato, sent. n. 6797/2023). Peraltro, l'accettazione del nuovo immobile per un verso non determinerebbe alcuna violazione dei principi della parità di trattamento e della trasparenza, in quanto il RTI aggiudicatario è l'unico concorrente della procedura, dall'altro risponderebbe ai principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa, nonché di risultato, evitando le lungaggini e incertezze correlate all'avvio di una nuova procedura di gara. Inoltre, la Stazione appaltante, a fronte della variazione proposta dal RTI, avrebbe ben potuto riconvocare la Commissione di gara e verificare che il nuovo immobile presenta le medesime caratteristiche – se non migliori – di quello inizialmente individuato e rispetta le prescrizioni del Capitolato speciale d'appalto;

VISTI gli atti di gara, la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica presentata dal RTI aggiudicatario;

PREMESSO che costituisce principio immanente al sistema dei contratti pubblici quello della immodificabilità dell'offerta. Detto principio, deducibile dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, che vieta il soccorso istruttorio in relazione agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, è posto a tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici, nonché



dell'imparzialità e trasparenza dell'agire amministrativo. Il divieto di modifica o integrazione di elementi essenziali dell'offerta vige non solo durante l'espletamento delle operazioni di gara ma anche nel segmento temporale e procedimentale successivo all'aggiudicazione. Con il parere n. 1020 del 9 gennaio 2021, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha, infatti, ritenuto inammissibile una modifica dell'offerta tecnica successiva all'aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto ed ha altresì precisato che *"Il concorrente sarà quindi chiamato a firmare il contratto per come aggiudicato. In sede di esecuzione, eventuali modifiche saranno possibili solo nei limiti dell'art. 106 del Codice. In alternativa, l'offerente dovrà rinunciare alla firma del contratto, con le conseguenze di legge: incameramento cauzione provvisoria e comunicazione ad ANAC"*. Ciò, sebbene la Stazione appaltante avesse precisato che la nuova proposta presentata dall'aggiudicatario – impossibilitato a reperire quanto indicato in sede di offerta tecnica – non comportasse alcuna modifica della graduatoria finale e, quindi, il mantenimento, da parte dell'aggiudicatario, della prima posizione in graduatoria;

CONSIDERATO che il prefato principio non subisce attenuazioni o deroghe per effetto dell'eventuale adozione di varianti in corso di esecuzione. L'art. 106 del d.lgs. 50/2016, inserito nel titolo V del Codice, dedicato all'esecuzione, e rubricato "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia", stabilisce, infatti, al comma 1, lett. c), che i contratti di appalto possono essere modificati senza ricorrere ad una nuova procedura di gara *"ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni...1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatario. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; 2) la modifica non altera la natura generale del contratto;"*. Il primo presupposto affinché possa essere legittimamente adottata una variante è, quindi, la sopravvenienza di circostanze impreviste e imprevedibili per l'Amministrazione, non l'impossibilità per il concorrente di rispettare gli impegni assunti in sede di gara. La stessa sentenza del Consiglio di Stato citata dal RTI aggiudicatario, che estende il perimetro applicativo dell'art. 106 del Codice anche alla fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, nondimeno individua il presupposto della variante nell'esigenza sopravvenuta – rispetto alla data di indizione della gara - della Stazione appaltante di apportare talune modifiche alle modalità esecutive dell'appalto;

RITENUTO, pertanto, in via generale, che non può ritenersi consentito all'aggiudicatario di modificare i contenuti dell'offerta presentata in gara, violandosi, in caso contrario, i principi cardine dell'evidenza pubblica, quali la *par condicio competitorum*, l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa. Tale divieto, poiché posto a presidio di valori fondamentali dell'ordinamento, deve ritenersi operante anche nei casi in cui *i)l'aggiudicatario sia l'unico concorrente in gara nonché quando ii)la nuova e diversa offerta presentata non determini uno stravolgimento della graduatoria finale;*

RILEVATO che, nel caso di specie, le caratteristiche dell'immobile da destinare alla realizzazione della REMS hanno costituito oggetto di valutazione in sede di offerta tecnica. Il Capitolato speciale d'appalto, in particolare, prevedeva che 40 dei 70 punti fossero attribuiti in funzione 1) del cronoprogramma, ovvero della riduzione del tempo massimo per la realizzazione della struttura e l'inizio delle attività sanitarie (accoglimento primo paziente), fissato nel C.S.A. in 180 giorni; 2) della possibilità per l'immobile di accogliere ulteriori 20 posti letto; 3) delle modalità realizzative della struttura, con particolare accorgimento agli aspetti legati alla sostenibilità energetica e dei materiali impiegati (struttura a impatto zero);



RILEVATO che il raggruppamento aggiudicatario presentava, in gara, una relazione tecnica in cui individuava l'immobile da destinare alla realizzazione della REMS e descriveva compiutamente gli aspetti tecnici e gli elementi che hanno costituito oggetto di valutazione in sede di offerta tecnica. La Commissione di gara, quindi, formulava la proposta di aggiudicazione in favore del RTI in ragione (anche) delle suddette caratteristiche dell'immobile;

RITENUTO, pertanto, che l'individuazione di un nuovo immobile, con caratteristiche tecniche, strutturali, impiantistiche diverse, comporta una modifica di un elemento essenziale dell'offerta tecnica, non consentita per tutte le ragioni sopra descritte;

RILEVATO, peraltro, che dalla lettura della perizia relativa al nuovo immobile, si deve constatare, per un verso, che il raggruppamento non ha riprodotto gli interventi di efficientamento energetico descritti nella prima relazione tecnica, considerati e valutati dalla Commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica ma, soprattutto, che il numero dei posti letto previsti per alcune camere da letto (4) non rispetta quanto sancito dall'art. 2.1 del Capitolato speciale d'appalto che precisa "2.1 Area abitativa. L'area abitativa, con un numero massimo di 20 posti letto, si configura come di seguito: • sebbene nella sezione inerente ai requisiti strutturali per l'area abitativa l'allegato A del succitato D.M. fa riferimento al numero massimo di 4 posti letto per camera, per specifiche esigenze sanitarie migliorative, si chiede una articolazione distinta in camere a una o due persone. Il numero dei posti letto collocati in camere singole deve essere pari ad almeno il 10% dei posti letto totali". Il nuovo immobile, pertanto, non rispetta le prescrizioni minime per l'articolazione delle camere previste dal Capitolato speciale d'appalto;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che non può essere consentito al raggruppamento aggiudicatario di variare l'immobile indicato in sede di offerta tecnica per la realizzazione del REMS e che, in ogni caso, l'articolazione delle camere con 4 posti letto, prevista nel nuovo immobile, non rispetta le condizioni minime descritte nel capitolato speciale d'appalto in punto di posti letto per ciascuna stanza (1 o 2).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 maggio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente