



DELIBERA N. 201

3 marzo 2021

Oggetto

Fascicolo UVLA 316/2021

Comune di Fagnano Castello – Procedura aperta per i lavori di realizzazione di un nuovo impianto di depurazione in Loc. Rondinella e collettamento ad esso della Loc. San Lauro del Comune di Fagnano Castello (CS). Potenziamento degli impianti di depurazione esistenti delle località Cafaro e Grillo (CIG85311385C9).

Nell'adunanza del 3.03.2021

Visto 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;

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

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

Con bando di gara pubblicato sul sito istituzionale della Stazione Appaltante e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 143 del 07.12.2020, la Centrale di Committenza dei Comuni di Roggiano Gravina, Fagnano Castello, Malvito, San Sosti indicava per conto della medesima Stazione Appaltante - Comune di Fagnano Castello - una procedura aperta ex art. 60 D.lgs. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo impianto di depurazione in località Rondinella e collettamento ad esso della loc. San Lauro del Comune di Fagnano Castello e di potenziamento degli impianti di depurazione esistenti delle località Cafaro e Grillo, per un importo complessivo dei lavori pari a 920.931,99 euro.

Nel Bando venivano indicati, quale termine per la ricezione delle offerte la data del 11.01.2021, nonché il termine di 240 giorni per l'esecuzione delle prestazioni, con la previsione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con esposto acquisito al protocollo dell'Autorità con il numero 2096 in data 12.01.2021 un operatore economico segnalava la presunta illegittima previsione di opere aggiuntive cui sarebbe stato, possibile attribuire specifico punteggio sulla scorta dei criteri previsti dalla lex specialis di gara.

La prima anomalia riscontrabile attiene alla disposizione di cui al paragrafo 16 del bando di gara rubricato "Criterio di aggiudicazione" ai sensi del quale l'offerta economicamente più vantaggiosa viene valutata sulla base dei criteri di valutazione di seguito descritti e con l'attribuzione di punteggi predefiniti.

Tra questi criteri si rinviene, al punto c), subcriterio c.2) "Interventi puntuali per la manutenzione ordinaria e straordinaria", con l'attribuzione di un punteggio pari a 0,5 per ogni anno successivo al collaudo, per un totale massimo di 10 punti.

Tale criterio viene ulteriormente specificato nel testo del bando in cui si legge che "Con il presente sub-criterio il concorrente sarà valutato in base alla tipologia di interventi per la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti che si intendono adottare successivamente al collaudo delle opere. La valutazione sarà rapportata alla durata temporale delle prestazioni offerte. Il concorrente dovrà dettagliare puntualmente gli interventi volti a garantire le normali attività di controllo della funzionalità degli impianti medesimi, e la manutenzione ordinaria e programmata delle apparecchiature elettromeccaniche secondo criteri di corretto utilizzo e conservazione."

Preso atto del contenuto di tale esposto, rilevando una possibile violazione della normativa codicistica, ed in particolare dell'articolo 95 comma 14 bis del D.lgs. 50/2016, nonché delle Linee Guida ANAC n 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" stante la previsione di servizi aggiuntivi quali elementi di valutazione dell'offerta tecnica, con nota prot. n. 9359 del 02.02.2021, veniva inoltrata comunicazione di avvio del procedimento formulando al Comune specifica richiesta di chiarimenti ed osservazioni in merito alla ritenuta illegittimità della disposizione sopra richiamate.

Con nota acquisita al prot. ANAC con il numero 11699 in data 09.02.2021 il Comune, nella persona del Responsabile Unico del Procedimento Ing. C. P. ha fatto pervenire il riscontro in merito alle criticità comunicate, rappresentando le considerazioni di seguito riportate, ritenute - in esito al loro esame - solo parzialmente accoglibili.

Rinviando al proseguo le considerazioni di merito, in riferimento allo stato di avanzamento della procedura il Rup osservava che "entro il termine stabilito per la presentazione delle offerte, ovvero ore le 23:59 del giorno 11.01.2021, sulla piattaforma telematica Traspare della CUC Roggiano Gravina risultano pervenute n. 11 plichi telematici che la commissione giudicatrice, nominata, successivamente all'arrivo delle offerte, con Determina Dirigenziale n.20 del 29.01.2021, si è riunita in seduta pubblica in data 1 febbraio 2021 procedendo alla verifica della documentazione amministrativa degli operatori economici partecipanti", precisando ulteriormente che "nelle more della definizione della procedura istruttoria de qua, i lavori della commissione giudicatrice (che nella seconda seduta di gara dovrà valutare le offerte tecniche dei concorrenti) sono sospesi", al fine di conoscere "gli esiti dell'attività di verifica in corso e poter valutare l'adozione degli eventuali necessari adempimenti ovvero di procedere, qualora codesta Pregiatissima Autorità dovesse ritenere le previsioni di cui al Sub- Criterio C.2 non conformi all'art. 95, comma 14-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 per violazione del divieto di conferimento di punteggio per l'offerta di opere aggiuntive, ad una rimodulazione della griglia di attribuzione dei punteggi per gli elementi qualitativi dell'offerta, con esclusione del suddetto sub-criterio C.2, e redistribuzione del relativo punteggio sui restanti sub-criteri attraverso media pesata".



Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine all'illegittimità della clausola della *lex specialis* di gara che prevede l'attribuzione di un punteggio per opere aggiuntive proposte dall'appaltatore alla luce dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica di cui al relativo bando.

La previsione di interventi puntuali per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle apparecchiature elettromeccaniche rientranti nelle prestazioni dell'appalto parrebbe integrare, infatti, un'opera aggiuntiva la cui previsione, nell'offerta tecnica, è espressamente vietata dall'articolo 95 comma 14 bis del D.lgs. 50/2016, ai sensi del quale nelle procedure aggiudicate con il criterio dell'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.

Tale divieto viene ribadito, altresì, nelle Linee Guida n. 2, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio di questa Autorità con Delibera n.1005 del 21.09.2016 ed aggiornate con Delibera del Consiglio n. 424 del 2.05.2018 secondo cui "La norma impedisce alla stazione appaltante di stimolare il 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".

Con la suddetta previsione codicistica il legislatore ha inteso scongiurare la possibilità per le stazioni appaltanti di attribuire punteggi agli operatori che in sede di gara offrano prestazioni non richieste, al fine di evitare distorsioni di mercato, ed impedire che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa venga traslato nel criterio del prezzo più basso, mediante l'artificio dell'offerta di elementi aggiuntivi della prestazione.

Come già osservato dall'Autorità, infatti "l'assegnazione di punteggi alle opere aggiuntive conduce 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" (Delibera n. 1043 del 14.11.2018; in tal senso anche delibera n. 978 del 18.11.2020). Al riguardo preme chiarire, preliminarmente, la portata del concetto di "opera aggiuntiva", al fine di stabilire se una determinata lavorazione possa essere intesa come miglioria e dunque pienamente legittima, oppure inclusa nell'alveo del divieto di cui all'articolo 95 comma 14 bis.

Come recentemente osservato dalla giurisprudenza amministrativa "per opera aggiuntiva si deve intendere un intervento che modifichi in senso quantitativo e/o qualitativo l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera oggetto dell'appalto, con il risultato di falsare il confronto concorrenziale, laddove invece, gli accorgimenti progettuali volti alla valorizzazione ed alla implementazione dell'opera in senso estetico e/o prestazionale, che non ne modifichino sostanzialmente identità e dimensioni, devono essere sussunti nel *genus* delle miglurie e/o della varianti, e come tali sono compatibili con il divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016, purché contenuti nei limiti stabiliti dalla *lex specialis*" (TAR Campobasso, sentenza n. 340 del 14.10.2019).

Orbene le opere manutentive in oggetto costituirebbero opera aggiuntiva rispetto alle lavorazioni previste nel bando, e, in quanto tali, si collocano al di fuori dell'oggetto dell'appalto, alterandolo quantitativamente.

Per tale motivo non possono essere accolte le considerazioni svolte dalla Stazione appaltante, secondo cui "le prestazioni aggiuntive e migliorative contestate non alterano i caratteri essenziali dell'appalto che già prevede la fornitura e posa in opera, presso gli impianti di depurazione comunali, di tali componenti

elettromeccaniche per il potenziamento ed adeguamento degli impianti medesimi secondo il progetto posto a base di gara, che risulta in sé completo e attuabile in ogni sua parte”.

Come chiarito dal medesimo Rup, infatti, il bando non prevede opere di manutenzione, bensì solo la fornitura e possa in opera; in modo più preciso si esprime il disciplinare di gara che al punto 1.4 dispone: “L’oggetto dell’appalto consiste nell’esecuzione di tutti i lavori e le forniture necessari all’attuazione dell’intervento di “Realizzazione di un nuovo impianto di depurazione...”; ancora al punto 1.5 si legge “si precisa che devono intendersi compresi nell’appalto tutti i lavori, le prestazioni, le forniture e le provviste necessarie per dare il lavoro completamente compiuto e secondo le condizioni stabilite nel capitolato speciale d’appalto”.

L’estraneità delle opere manutentive al progetto posto a base di gara appare evidente, né assume efficacia dirimente la considerazione svolta dal Rup per cui “non vi ravvisano, nel caso di specie, elementi di manifesta illogicità e macroscopica arbitrarietà o irragionevolezza e pertanto, atteso che, per costante giurisprudenza, i criteri di valutazione dell’offerta sono espressione della discrezionalità dell’Amministrazione, si ritiene che l’operato della Stazione Appaltante non sia in contrasto con la normativa di settore”.

Fermo restando il potere discrezionale della p.a., tuttavia, l’articolo 95, comma 6, del Codice dispone che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo debbano 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, e come sopra chiarito l’attribuzione di punteggi per prestazioni ulteriori appare lesivo della par condicio degli operatori.

Ulteriormente, la previsione di interventi puntuali per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle apparecchiature elettromeccaniche rientranti nelle prestazioni dell’appalto, da effettuarsi dopo il collaudo, e per un periodo anche abbastanza lungo, non sembra inquadrabile in un normale rapporto di garanzia per vizi o difformità delle opere, rispetto all’affidamento dei lavori in oggetto, bensì “appare idonea all’insorgenza di un ulteriore rapporto contrattuale, del tutto autonomo, con l’introduzione di elementi addizionali alla prestazione contrattuale, ricadenti nel c.d. divieto di “di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d’asta” e senz’altro incidenti anche nel regime delle qualificazioni possedute dai soggetti concorrenti” (delibera n. 1142 del 12.12.2018).

Sotto altro profilo l’attribuzione di punteggi per opere aggiuntive non specificamente quantificate nel corrispettivo posto a base di gara, si pone in contrasto anche con il principio dell’“equo compenso”, in quanto non viene nella fattispecie garantita la remunerazione di tutte le prestazioni contrattuali, con compromissione della tutela della quantità e qualità del lavoro svolto (in tal senso delibera n. 95 del 03.02.2021).

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all’istruttoria espletata nell’ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione
nell’adunanza del 3.03.2021



DELIBERA

- la non conformità della procedura in analisi al disposto di cui all'articolo 95 comma 14 bis del D.lgs. 50/2016, nonché delle indicazioni previste nelle Linee Guida ANAC n 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", stante l'illegittimità della clausola relativa all'attribuzione di un punteggio per lavorazioni aggiuntive quali elementi di valutazione dell'offerta tecnica;
- di trasmettere a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori la presente deliberazione al Comune di Fagnano Castello invitando l'Ente alle valutazioni di competenza e a dare notizia circa le eventuali determinazioni assunte nel termine di 30 giorni.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente