



Presidente

Al Responsabile del Procedimento

Al Commissario

Al Commissario Straordinario

Fasc. Anac n. 1355/2024 (da citare nella corrispondenza)

### Oggetto

Commissario Straordinario per la Progettazione e la realizzazione del Nuovo Complesso Ospedaliero della Città di Siracusa Ex D.P.C.M. 22.09.2020: Procedura negoziata senza bando con un solo operatore per l'affidamento del servizio di architettura e ingegneria finalizzato alla Progettazione Definitiva per appalto integrato e con opzione di affidamento del servizio di Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza per la costruzione del Nuovo Ospedale di Siracusa (CIG: 9694537902; importo a base di gara: 10.860.038 euro)

Con Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) di Siracusa n. 902 del 16.12.2019, veniva indetta una procedura aperta per un concorso di idee in unico grado, avente ad oggetto l'acquisizione di proposte ideative relative alla costruzione del Nuovo Ospedale di Siracusa.

L'insorgere dell'emergenza sanitaria da Covid-19, e la necessità di realizzazione dell'opera in tempi brevi ha comportato la nomina del Commissario straordinario per la progettazione e la realizzazione del nuovo complesso ospedaliero della città di Siracusa e la nomina in capo al Prefetto di Siracusa ovvero la Dott.ssa G. con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri d'intesa con il Presidente della Regione Siciliana del 22 settembre 2020.

Previo espletamento delle operazioni di gara, con Decreto n. 4.6.2021 del Commissario Straordinario veniva approvata la graduatoria finale e proclamato vincitore del Concorso di idee il RTP Studio P. Srl – M.I. Srl - S.I. Srl- A. Srl, cui veniva corrisposto il premio in denaro pari a 115.000 euro.

Allo scopo di acquisire con urgenza la progettazione dell'opera, con decreto n. 10 del 2.11.2021, il Commissario Straordinario ha disposto di dare continuità alla procedura del concorso di idee, mediante l'affidamento al vincitore del medesimo, dei servizi di architettura e ingegneria di cui all'art. 3 lett. Vvvv) del Codice dei contratti, finalizzati alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza.

Tuttavia, a fronte di gravi inadempienze da parte dell'affidatario, il Commissario ha disposto la decadenza dell'operatore con Decreto n. 17 del 13.01.2023, e avviato la procedura di cui all'art. 32 della Direttiva 2014/24/UE con Decreto n. 18 del 25.1.2023 trasmesso all'Assessorato Regionale alla Salute della Regione Siciliana e all'ASP di Siracusa, per la pubblicazione nella Sezione Amministrazione Trasparente.

Ai fini della selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata, in data 25.01.2023 veniva pubblicato sul sito internet della stazione appaltante un avviso di indagine di mercato per la definizione di una procedura negoziata, con uno o più operatori economici, ai sensi dell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE per l'affidamento del servizio di architettura e ingegneria finalizzato alla progettazione definitiva per appalto integrato e con opzione di affidamento del servizio di Direzione Lavori e



Coordinamento della Sicurezza per la costruzione del Nuovo Ospedale di Siracusa, le cui manifestazioni di interesse sarebbero dovute pervenire entro il 9.02.2023.

Con esposto acquisito al prot. Anac con il n. 1701 del 04.01.2024 un operatore segnalava il mancato invito alla procedura negoziata senza bando degli operatori che avevano manifestato il proprio interesse all'indagine di mercato.

Nel Decreto del Commissario Straordinario n. 19 del 06.03.2023 risultava, infatti, fossero pervenute 6 manifestazioni di interesse alla partecipazione alla procedura negoziata, a cui, tuttavia, risulta essere stato invitato un solo operatore.

L'Ufficio, preso atto dell'esposto e previa analisi della documentazione rinvenibile sul sito internet della stazione appaltante, ha inoltrato al Commissario straordinario comunicazione di avvio del procedimento con nota prot. n. 44581 del 10.04.2024 contestando il ricorso della procedura negoziata senza bando con un solo operatore in assenza dei presupposti previsti dalla legge.

In particolare, nell'avviso di indagine non si motivava in maniera sufficiente il ricorso a tale procedura, né venivano chiariti i presupposti legittimanti, non potendosi ritenere sufficiente la necessità di acquisire la predetta progettazione in tempi rapidi, in seguito all'esperimento del concorso di idee.

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 50607 del 29.04.2024 il Commissario Straordinario Ing. inoltrava il riscontro fornito dall'allora Commissario Straordinario la quale, nel ripercorrere l'iter della vicenda, chiariva i presupposti per il ricorso alla procedura derogatoria di cui all'articolo 32 della Direttiva 2014/23, stante l'urgenza *"prevista dallo stesso legislatore nazionale – che contraddistingue la realizzazione dell'opera, aggravata nel caso concreto dall'inaffidabilità, dalle inadempienze e dai ritardi imputabili all'operatore economico originariamente affidatario, la cui decadenza ha reso impellente la necessità di sostituzione con un nuovo progettista"* e che *"la scelta di negoziare con un solo operatore è stata determinata dalla circostanza che solo il progettista selezionato soddisfaceva i criteri di selezione ed i livelli minimi di capacità"*.

L'articolo 32 della Direttiva 24/2014/UE disciplina le ipotesi tassative di ricorso a tale strumento derogatorio rispetto al principio della massima concorrenza., da interpretare in maniera restrittiva. La portata eccezionale della procedura in esame è espressamente chiarita nel considerando 50 Dir. 24/2014/UE secondo cui *"tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali"*.

Orbene, stante la necessità di realizzare in tempi rapidi un'opera necessaria come l'ospedale, il Commissario ha chiarito in maniera esaustiva che l'urgenza non dipendesse dall'amministrazione bensì dalla condotta del precedente affidatario, poi decaduto, che non ha eseguito l'affidamento nei tempi e con le modalità previste, in piena aderenza a quanto previsto dall'articolo 32 comma 2 lett. c) della direttiva, dovendosi ritenere pienamente sussistente il presupposto dell'urgenza e indifferibilità per il ricorso a suddetta procedura derogatoria.

Preso atto delle considerazioni svolte dal Commissario, sono sorte perplessità in merito ai criteri per la selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata, non rinvenibili né sull'avviso di manifestazione di interesse né nei successivi decreti.

Pur a fronte della legittimità dell'operato del Commissario, si rileva, infatti che, nella manifestazione d'interesse prodromica all'indizione della nuova procedura, si sarebbero dovuti chiarire i criteri con cui selezionare gli operatori da invitare.

Come noto, infatti, l'individuazione degli operatori economici da invitare alle procedure deve avvenire sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli affidamenti; e la determina a contrarre, o un atto ad esso equiparato, deve contenere, tra



gli altri elementi, i criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata a seguito dell'indagine di mercato o della consultazione degli elenchi.

In tal senso si esprime anche l'Allegato II.1 del D.lgs. 36/2024, in cui all'articolo 2 comma 3 e all'art. 3 comma 4 specifica che i criteri utilizzati dalle stazioni appaltanti per la scelta degli operatori economici da invitare alle procedure "devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza."

La finalità di tale norma è la tutela della par condicio degli operatori e della concorrenza che verrebbe frustrata dall'arbitrarietà della stazione appaltante nella selezione degli operatori.

Invero nel caso di specie né nell'avviso di indagine di mercato, né nel decreto di indizione della procedura negoziata risultano chiariti tali criteri.

Pertanto con nota prot. n. 66434 del 13.06.2024 è stata inoltrata richiesta di integrazione documentale, chiedendo di fornire copia dei verbali del 13.2.2023 e 22.2.2023, richiamati nel Decreto n. 19 del 6 marzo 2023, in cui le manifestazioni di interesse sono state esaminate da: Ing. R.B. Dirigente dell'UOC Tecnico dell'ASP di Siracusa, Arch. B.B. Dirigente del Dipartimento di Protezione Civile – Serv. S15 di Siracusa e Ing. A.C. Componente della struttura commissariale, "i quali hanno ritenuto il raggruppamento di cui al precedente punto 1) il soggetto più idoneo, stante l'ampia, specifica, consolidata e prolungata esperienza in servizi analoghi a quelli oggetto dell'indagine di mercato, con particolare riferimento a strutture ospedaliere complete e di dimensioni analoghe a quella in parola nonché di più livelli progettuali, anche relativi alla stessa opera".

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 72624 del 26.06.2024 il Commissario Straordinario Ing. inoltrava il riscontro fornito dall'allora Commissario Straordinario, con allegazione della documentazione richiesta e chiarendo che "per quanto attiene ai criteri per la selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata, invero, ai fini del corretto inquadramento, deve preliminarmente osservarsi che la stessa ha costituito la mera prosecuzione del concorso di idee per l'acquisizione di una proposta ideativa per la costruzione del nuovo ospedale di Siracusa, avviato dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa" ... "in ragione della continuità del procedimento, per esempio, sono anche stati confermati i requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all' art. 83, comma 1, lettera c) del D. Lgs. 50/2016 posti in capo al vincitore del concorso di idee e, successivamente ai partecipanti alla procedura negoziata, con l'unica eccezione del valore delle opere precedentemente eseguite dai soggetti interessati (0,80 anziché 0,40) in considerazione della più avanzata fase progettuale in cui l'indagine di mercato è intervenuta".

non possono ritenersi accoglibili le considerazioni svolte dal Commissario secondo cui l'indagine di mercato ha puntualmente esplicitato i criteri "puntualmente osservati dalla commissione istituita per l'esame delle istanze di partecipazione", in quanto l'art. 5 dell'avviso specifica che "La struttura commissariale individuerà uno o più operatori economici con cui negoziare il servizio, tra quelli che presenteranno la manifestazione di interesse in oggetto, in relazione alla sua professionalità ed alla sua affidabilità, previa valutazione di requisiti, relazione e curriculum, nel rispetto dei principi di economicità e congruità dell'offerta economica, che sarà comunque negoziata con la Stazione Appaltante, sulla base del corrispettivo calcolato facendo riferimento al D.M. 17 giugno 2016".

Orbene, il generico riferimento alla professionalità ed affidabilità dell'operatore non costituisce idoneo criterio di selezione in quanto generico e non oggettivo, non basato su elementi puntuali bensì su una valutazione che può impingere l'arbitrarietà.

Pur demandando alla discrezionalità della stazione appaltante la previsione di idonei criteri di selezione degli operatori, l'Autorità ha recentemente affermato che gli stessi non devono perseguire "alcuna finalità od effetto escludente dei singoli candidati, ma devono essere utilizzati ai soli fini della redazione di una (o più) possibile graduatoria, dalla quale è consentito escludere soltanto quelli privi dei necessari



requisiti di partecipazione nonché gli aggiudicatari uscenti, nel rispetto del vigente principio di rotazione” (Comunicato del Presidente del 5 giugno 2024).

Nel suddetto Comunicato si riporta altresì, la possibilità di prevedere requisiti ulteriori e non coincidenti con i requisiti di partecipazione, in analogia al previgente DPR 207/2010 che prevedeva la redazione di una graduatoria compilata attribuendo ad ogni candidato un punteggio determinato in relazione a diversi elementi, come il fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura riferibile agli ultimi cinque esercizi

antercedenti la pubblicazione del bando, l’importo dei lavori svolti nel corso degli ultimi dieci anni ed appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, il numero medio annuo del personale tecnico dipendente del candidato (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell’ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall’ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni).

Invero nei verbali in cui le manifestazioni di interesse sono state esaminate, non risulta alcuna “graduatoria” o attività di valutazione degli operatori che hanno manifestato il proprio interesse, in quanto si menziona solo la valutazione di servizi pregressi dell’unico operatore invitato e dell’offerta di contrazione dei tempi per lo svolgimento dei servizi. In particolare, nel verbale n. 2 del 22.02.2023 si legge “I servizi pregressi descritti nell’elaborato “Presentazione del Servizio” e “Relazione Metodologica” dimostrano una esperienza ampia, specifica e consolidata nell’ espletamento di servizi analoghi a quelli oggetto della presente indagine di mercato, con particolare riferimento a strutture ospedaliere complete e di dimensioni analoghe a quella in oggetto nonché di più livelli progettuali, anche relativi alla stessa opera. Si prende atto, altresì, dell’offerta di una contrazione dei tempi di 20 (venti) giorni per l’esecuzione dei servizi di progettazione definitiva e della dichiarata esperienza nelle diverse discipline dei soggetti componenti il gruppo di lavoro”.

La commissione, quindi, pare aver compiuto una valutazione dei requisiti di partecipazione che non competono alla fase prodromica alla procedura negoziata, facendo bensì parte di questa e, perdipiù, una valutazione di carattere economico che esula dall’indagine di mercato, come anche chiarito al punto 17 dell’avviso in esame, attenendo anch’essa ad una fase valutativa dell’offerta propria della procedura strictu sensu.

Secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, la riduzione dei tempi di progettazione (o di esecuzione dei lavori), unitamente al prezzo, costituiscono elementi di valutazione di carattere economico, che, in quanto tali, non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell’offerta tecnica (Consiglio di Stato, sez. III, 16.04.2024 n. 3464; in tal senso anche Cons. Stato, V, n. 5463 del 2021 e n. 1556 del 2017; III, n. 167 del 2020).

Parimenti l’Autorità ha rilevato che “Nel caso di ricorso al criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa deve essere evitato che una eventuale conoscenza degli elementi di valutazione di carattere automatico (quali il prezzo e il tempo) possa influenzare la valutazione degli elementi discrezionali. Ove pure si ammettesse che il fattore tempo non rientri a pieno titolo per sua natura negli elementi afferenti l’offerta economica, riconoscendo ad esso un valore qualitativo connesso all’apprezzamento del modello organizzativo proposto (riferito al processo di lavoro e non alla durata dell’appalto), trattasi pur sempre di un fattore ‘automatico’ ed in quanto tale deve essere conosciuto esclusivamente al momento della valutazione degli elementi dell’offerta economica, a tutela del principio di segretezza dell’offerta economica” (Delibera n. 442 del 9 giugno 2021).



Prescindendo dalla questione dell'inserimento della riduzione dei tempi nell'offerta tecnica o economica, appare chiaro che esso configuri comunque un elemento dell'offerta che dovrebbe essere valutato dall'amministrazione in fase di gara e non nella fase antecedente di invito degli operatori.

Non si ritiene condivisibile nemmeno l'ulteriore specificazione per cui "per quanto attiene ai criteri per la selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata, invero, ai fini del corretto inquadramento, deve preliminarmente osservarsi che la stessa ha costituito la mera prosecuzione del concorso di idee per l'acquisizione di una proposta ideativa per la costruzione del nuovo ospedale di Siracusa".

Preme, infatti, evidenziare che, la negoziata in esame costituisce una procedura ex novo, e non una continuazione giuridica del concorso di idee, come invece rappresentato nella nota di riscontro.

La negoziata senza bando può, infatti, essere invocata, tra gli altri casi, qualora "consegue a un concorso di progettazione organizzato secondo la presente direttiva e debba, in base alle norme previste nel concorso di progettazione, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori di tale concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati", come previsto dall'art. 32 comma 4 della Direttiva.

Tale ipotesi, tuttavia, non viene in rilievo nel caso di specie, in quanto, come sopra chiarito, la procedura è stata indetta sulla base del diverso presupposto dell'urgenza e indifferibilità; i partecipanti al precedente concorso di idee, inoltre, non risultano essere stati invitati, e, sebbene i servizi siano stati in un primo tempo affidati al vincitore del concorso, successivamente questi è decaduto.

Pertanto, l'odierna procedura negoziata, pur ponendosi sul tracciato del previgente concorso di idee, non costituisce una prosecuzione giuridica del medesimo, avendo le due procedure diversi presupposti e diversi soggetti coinvolti.

Ulteriore anomalia, in riferimento al punto 17 dell'avviso riguarda la disposizione per cui "Si precisa che la successiva negoziazione degli aspetti economici con il/i soggetti individuati partirà da un ribasso non inferiore al 30% sull'importo a base della presente procedura".

A prescindere dalla problematica nazionale riguardante l'applicazione della normativa dell'equo compenso, di cui alla L. 49/2023, agli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura – che pone dubbi sulla possibilità di ribassare l'importo a base di gara al fine garantire l'adeguata remunerazione dell'incarico – si osserva, comunque, che la fissazione di una soglia minima di ribasso, oltretutto di consistente entità, non risulta coerente con i principi eurounitari di concorrenzialità, favor participationis e libera iniziativa economica.

Pertanto tale disposizione, vincolando l'elemento prezzo del contratto, non risulta conforme con la normativa europea e con le indicazioni fornite dall'Autorità, che ha avuto modo di rilevare che "Le clausole che limitano il ribasso da proporre in sede di gara, infatti, appaiono illegittime in quanto limitano la concorrenza sull'elemento prezzo e di fatto orientano a priori l'entità del ribasso stesso, con inevitabili ripercussioni in materia di iniziativa economica degli operatori" (Delibera n. 95 del 03.02.2021).

Parimenti la giurisprudenza amministrativa ha osservato che la soglia massima di ribasso "introduce un'inammissibile limite alla libertà degli operatori economici di formulare la proposta economica sulla base delle proprie capacità organizzative e imprenditoriali, pregiudicando, sino di fatto ad annullarlo, il confronto concorrenziale sull'elemento prezzo" (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2912 del 28.06.2016).

Si ritiene, dunque, censurabile la scelta del Commissario di negoziare con un solo operatore, selezionato in assenza di criteri oggettivi e chiari, sull'assunto aprioristico per cui questi risulterebbe "il soggetto più



idoneo, stante l'ampia, specifica, consolidata e prolungata esperienza in servizi analoghi a quelli oggetto dell'indagine di mercato, con particolare riferimento a strutture ospedaliere complete e di dimensioni analoghe a quella in parola nonché di più livelli progettuali, anche relativi alla stessa opera".

Tale affermazione, peraltro, non sembra trovare riscontro in quanto, dalle ricerche effettuate, anche altri operatori risultano essere affidatari e progettisti di importanti strutture ospedaliere.

Pertanto, a fronte già della eccezionalità del ricorso alla procedura negoziata senza bando, l'invito diretto ad un solo operatore rappresenta un inevitabile vulnus alla concorrenza, che non pare controbilanciato da un superiore interesse pubblicistico alla rapida definizione dell'intervento.

Conclusivamente si può dunque affermare che la negoziata senza bando si sia risolta in un affidamento diretto ad un operatore, in assenza di una vera e propria negoziazione, essendo già stato stabilito a priori l'entità minima del ribasso e dunque del prezzo del contratto.

In base a quanto sopra esposto, ed in attuazione del relativo deliberato consiliare del 30.07.2024 atteso il configurarsi della violazione della normativa, a fronte della mancata indicazione di criteri per la selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata senza bando, nonché dell'anomala previsione della soglia minima di ribasso, si comunica la definizione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del vigente regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito a voler tener conto per il futuro di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa.

Conclusivamente si evidenzia che il presente intervento dell'Autorità è finalizzato a prevenire, per il prosieguo dell'appalto, l'insorgenza di possibili profili problematici ostativi al regolare avanzamento dei lavori, affinché non si abbiano contenziosi, sospensioni dei lavori o rischi di perdita di finanziamenti europei.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

*Firmato digitalmente*