

## DELIBERA N. 1112 del 16 dicembre 2020

### Oggetto

Istanza di parere congiunta per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Tecno20 Engineering S.r.l. – Procedura aperta di massima urgenza in 21 lotti per la conclusione di accordi quadro con più operatori economici ai sensi dell’articolo 33 della direttiva 2014/24/UE per l’affidamento di lavori, servizi di ingegneria ed architettura e altri servizi tecnici, al fine dell’attuazione dei piani di riorganizzazione della rete ospedaliera nazionale di cui all’articolo 1 del d.l. n. 34/2020, convertito in legge dall’articolo 1 della l. n. 77/2020 – Lotti geografici: Sicilia – Puglia – Campania – Sub-lotto prestazionale n. 4 “Collaudo tecnico-amministrativo, tecnico-funzionale e/o statico” – Importo complessivo massimo stimato dell’accordo quadro: euro 713.266.603,05 – S.A.: Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissario Straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica COVID-19

**PREC 244/2020/S**

### Riferimenti normativi

Art. 2, d.l. n. 34/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77/2020)

Art. 122, commi 1 e 2, d.l. n. 18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020)

Artt. 1, comma 4, d.l. n. 76/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120/2020)

Art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Art. 102, d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Commissario Straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica COVID-19 – Procedura aperta di massima urgenza per la conclusione di accordi quadro in deroga alle norme del Codice dei Contratti Pubblici ai fini dell’attuazione di Piani di riorganizzazione della rete ospedaliera nazionale - Accordo quadro – Servizi di collaudo - Garanzia per l’esecuzione dell’Accordo quadro

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 16 dicembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 84846 dell'11/11/2020 pervenuta con riferimento alla procedura aperta di massima urgenza per la conclusione di accordi quadro con più operatori economici ai sensi dell'articolo 33 della direttiva 2014/24/UE per l'affidamento di lavori, servizi di ingegneria ed architettura e altri servizi tecnici, al fine dell'attuazione dei piani di riorganizzazione della rete ospedaliera nazionale di cui all'articolo 1 del d.l. n. 34/2020, convertito in legge dall'articolo 1 della l. n. 77/2020 – Lotti geografici: Sicilia – Puglia – Campania – Sub-lotto prestazionale n. 4 "Collaudo tecnico-amministrativo, tecnico-funzionale e/o statico";

VISTO che la Tecno20 Engineering S.r.l. sottopone all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere concernente la legittimità della richiesta di garanzia fideiussoria da parte della Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 9 del disciplinare di gara e in vista della stipula dell'Accordo quadro rilevando che: 1) la garanzia provvisoria non sarebbe dovuta dai concorrenti ai sensi dell'art. 1, comma 4, d.l. n. 76/2020 in ragione del valore degli affidamenti che lo interessano (collaudo) inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria e che, ove richiesta, dovesse avere un valore dimezzato; 2) la richiesta di produzione della cauzione ai fini della sottoscrizione dell'Accordo Quadro per un importo pari al 2% dell'importo dei lavori da collaudare e per la durata di 48 mesi, pari alla durata massima di validità dell'accordo, sarebbe in contrasto con l'art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 in quanto la prestazione di collaudo è disciplinata, sotto il profilo del regime tariffario da prendere a base della negoziazione, dal DM 17/06/2016, recante le tariffe professionali da applicare ai servizi di ingegneria; quindi, considerando l'importo dei lavori oggetto di collaudo, l'istante sostiene che si possa ottenere il valore stimato della prestazione di collaudo che dovrà formare oggetto del contratto attuativo, assoggettato al ribasso di aggiudicazione in modo da rapportare la cauzione all'importo della prestazione professionale da affidare (il collaudo) e non all'importo dei lavori da collaudare;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 89057 del 23/11/2020;

VISTA la memoria e la documentazione in atti pervenute soltanto dall'operatore economico istante;

VISTO l'art. 2, d.l. n. 34/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77/2020) che reca disposizioni al fine di rafforzare strutturalmente il Servizio Sanitario Nazionale in ambito ospedaliero, tramite Piano di riorganizzazione volto a fronteggiare adeguatamente le emergenze pandemiche, come quella da COVID-19;

VISTO che la procedura in esame è stata indetta ai sensi degli artt. 1 e 2, d.l. n. 18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020) dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, che agisce ai sensi dell'art. 122, commi 1 e 2, d.l. n. 18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020), adottando provvedimenti anche "in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea" e tenuto conto che "Le misure adottate devono essere in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite";

RITENUTO che sia infondata la prima censura sollevata dall'istante, concernente l'applicazione alla procedura in esame dell'art. 1, comma 4, d.l. n. 76/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120/2020) con conseguente inesigibilità della cauzione provvisoria o dimezzamento della stessa, in quanto ne consegue, non applicandosi alla procedura in esame l'art. 1, comma 4, d.l. n. 76/2020;

CONSIDERATO che, con riferimento alla seconda censura prospettata dall'istante riferita alla violazione dell'art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, sia necessario ripercorrere i tratti peculiari della procedura di gara di estrema urgenza avviata dal Commissario Straordinario, che, come risulta dal bando di gara, è stata predisposta in deroga al decreto legislativo n. 50 del 2016 e alle vigenti norme dettate dal d.P.R. n. 207/2010, con la specificazione che il Codice dei Contratti e il Regolamento non trovano applicazione, fatta eccezione per le norme degli stessi che fossero richiamate negli atti di gara;



CONSIDERATO che, con la procedura in esame, il Commissario Straordinario ha inteso “rendere disponibile alle Aziende del SSN gli strumenti contrattuali idonei ad assicurare ad esse l’approvvigionamento immediato, o all’abbisogna, non solo dei lavori, bensì anche dei servizi di ingegneria e architettura e di altri servizi tecnici, strumentali alla progettazione, verifica progettuale, realizzazione e/o collaudo di ogni Intervento di Lavori previsto nel rispettivo Piano di Riorganizzazione”;

CONSIDERATO che la procedura è stata suddivisa in 21 lotti geografici, ognuno dei quali corrispondenti ad una Regione o Provincia autonoma, e ogni Lotto è stato suddiviso in 4 Sub-lotti Prestazionali, per un numero complessivo di 84 accordi quadro da sottoscrivere con gli aggiudicatari nell’ambito dei diversi Sub-lotti Prestazionali; i Sub-lotti Prestazionali all’interno di ciascuna area geografica sono stati così ripartiti: - *Sub-lotto Prestazionale 1*: Lavori o Appalti integrati relativi alla Progettazione esecutiva e realizzazione dei Lavori; - *Sub-lotto Prestazionale 2*: Servizio di Progettazione; Servizio di Progettazione e Direzione Lavori; Servizio di Progettazione e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione; Servizio di Direzione Lavori; Servizio di Progettazione, Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione; Servizio di Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di Esecuzione; Servizio di Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione; - *Sub-lotto Prestazionale 3*: Verifiche della progettazione, per le attività di verifica di cui all’articolo 26 del Codice dei Contratti Pubblici, per tutti i progetti, a prescindere dal relativo importo; - *Sub-lotto Prestazionale 4*: Servizio di collaudo tecnico-amministrativo, tecnico-funzionale e/o statico, ai sensi dell’art. 102 del Codice dei Contratti;

CONSIDERATO che, come prevede l’avviso di gara telematica, una volta aggiudicato un Sub-lotto Prestazionale riferito a un Lotto Geografico, il Commissario Straordinario procede a concludere un accordo quadro con gli aggiudicatari del Sub-Lotto Prestazionale collocatisi in posizione utile in graduatoria in possesso dei requisiti richiesti per la realizzazione degli interventi (i “Possibili Aggiudicatari”), cui sarà assegnata un’area territoriale di competenza nell’ambito della quale eseguire le prestazioni secondo le modalità e condizioni di assegnazione previste dal disciplinare di gara relativo al singolo Lotto Geografico; nello specifico, l’avviso di gara telematico prevede che “Ad ogni area territoriale corrisponde il numero delle Aziende del SSN presso le quali potranno essere realizzati i singoli interventi, il numero stimato complessivo di detti interventi, l’importo massimo stimato complessivo degli stessi”; inoltre, assegnate le varie aree territoriali e sottoscritto l’Accordo quadro, le Aziende del SSN procederanno ad affidare gli appalti specifici per l’esecuzione della prestazione “mediante l’emissione di Ordini di Acquisto (ODA)” e potranno ricorrere agli Accordi quadro sottoscritti all’esito della procedura quali stazioni appaltanti ai sensi dell’art. 122, comma 1 e 2, d.l. n. 18/2020 e art. 2, comma 12, d.l. n. 34/2020;

CONSIDERATO che, secondo quanto previsto dall’articolo 2.3 del disciplinare di gara, il Sub-lotto Prestazionale n. 4 ha per oggetto l’affidamento degli “incarichi di servizi di ingegneria finalizzati al collaudo tecnico-amministrativo e/o tecnico-funzionale e/o statico dei lavori di realizzazione degli interventi ricompresi nel Piano di riorganizzazione, ai sensi dell’art. 102 del Codice dei Contratti, che “afferiscono ad opere riconducibili alle categorie, identificate secondo quanto riportato nella Tabella Z del D.M. 17 giugno 2016, recante l’“Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell’art. 24, comma 8, del decreto legislativo n.50 del 2016”;

CONSIDERATO che i partecipanti alla procedura dovevano dichiarare “di impegnarsi alla presentazione della garanzia fideiussoria per la stipula dell’Accordo Quadro, nonché della garanzia fideiussoria per l’esecuzione degli appalti specifici e delle polizze assicurative previste rispettivamente agli articoli 9 e 10” del disciplinare di gara; in particolare, l’art. 9 del disciplinare di gara, rubricato “Garanzia fideiussoria per la stipula dell’accordo quadro” prevedeva a carico di ciascun aggiudicatario: «*Con riferimento a ciascun lotto, l’operatore economico, con la prestazione dell’offerta, si impegna a presentare, qualora aggiudicatario di un Accordo Quadro e contestualmente alla stipula dell’Accordo quadro medesimo, la garanzia fideiussoria per l’esecuzione dell’Accordo Quadro stesso, pari al 2% (due per cento) dell’importo dell’Area Territoriale abbinata. Detta garanzia copre la mancata sottoscrizione degli Appalti Specifici dovuta ad ogni fatto riconducibile all’aggiudicatario, contraente dell’Accordo Quadro. La garanzia dovrà essere conforme allo schema di polizza di cui all’ “Allegato A – Schemi tipo” del Decreto del Ministero dello Sviluppo economico 19 gennaio 2018, n. 31 recante “Regolamento con cui si adottano gli schemi di contratti tipo per le garanzie fideiussorie previste dagli articoli 103, comma 9 e 104, comma 9 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”, assistita, in quanto parte integrante della stessa, della relativa scheda tecnica di cui all’ “Allegato B – Schede tecniche” del citato Decreto ministeriale*»; la richiesta della cauzione ai fini della sottoscrizione di ciascun Accordo Quadro, si riferisce al valore complessivo degli interventi previsti per l’area territoriale assegnata di competenza, tenuto conto del ribasso offerto, come dimostrano i chiarimenti resi dall’amministrazione aggiudicatrice, gli aggiudicatari sono chiamati a stipulare una garanzia pari al 2% del “valore dell’area territoriale assegnata, al netto del ribasso offerto in sede di gara, di durata pari alla durata dell’accordo quadro”; tuttavia, nelle richieste della garanzia, indirizzate all’istante in vista della sottoscrizione dell’Accordo Quadro, non è specificato l’importo di cui tenere conto ai fini della determinazione della garanzia da prestare;

CONSIDERATO che la società istante partecipava all’Accordo quadro per i lotti geografici di Sicilia, Campania e Puglia, con riferimento ai rispettivi Sub-lotti Prestazionali n. 4 riferiti ai servizi di “collaudo tecnico amministrativo, tecnico funzionale e statico” e risultava aggiudicataria per le prestazioni predette negli ambiti territoriali di Siracusa (Sicilia), Benevento (Campania) e Bari<sup>1</sup> (Puglia); ai sensi dell’art. 13 del disciplinare di gara l’istante risultava anche aggiudicataria per le aree territoriali rimaste scoperte insieme agli altri operatori in graduatoria;

CONSIDERATO che ai sensi dell’art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 la garanzia provvisoria deve essere pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell’invito; nel caso delle procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, «l’importo della garanzia è fissato nel bando o nell’invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base»; la norma del Codice non è richiamata nella documentazione di gara cosicché deve riconoscersi la possibilità per la Stazione Appaltante di derogarvi nella previsione delle condizioni di rilascio della stessa, fermo restando che devono essere salvaguardati sempre i principi di proporzionalità, ragionevolezza e par condicio cosicché l’importo della garanzia deve risultare proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto;

CONSIDERATO che l’importo dell’Accordo Quadro per il Sub-lotto Prestazionale n. 4 è stato così calcolato: “Tale valore massimo stimato è pari alla somma dell’importo complessivo degli interventi di lavori previsti dalla Tabella 2 e dell’importo complessivo degli interventi previsti dalla Tabella 3 [...] del Piano di Riorganizzazione. Tale importo è comprensivo di quanto sarà imputato nei quadri economici dei singoli Appalti Specifici a titolo di oneri per la sicurezza, costi della manodopera, oneri previdenziali e ogni altro onere previsto dalla legge” (art. 3 dello Schema di Accordo Quadro per il Sub-lotto Prestazionale n. 4);



RITENUTO che sia rispondente al principio di proporzionalità e concorrenza una richiesta della garanzia per la stipula dell'Accordo Quadro che sia commisurata a un valore massimo previsto per l'importo complessivo dell'Accordo Quadro per l'arco dei 48 mesi; sotto tale profilo, l'art. 9 del disciplinare di gara è funzionale a garantire la Stazione Appaltante rispetto all'esecuzione dell'Accordo quadro da parte dell'aggiudicatario per il tempo previsto di durata dello stesso e rispetto alle RDO provenienti dalle Stazioni appaltanti-Aziende del SSN; infatti, con l'Accordo quadro "ogni Appaltatore si impegna ad assumere le prestazioni che successivamente e progressivamente saranno richieste dalle Stazioni Appaltanti" per il periodo di validità dell'Accordo Quadro (art. 2 dello Schema di Accordo Quadro); ciò anche alla luce dell'art. 13 del disciplinare di gara che prevede in capo all'aggiudicatario di un'area territoriale l'assegnazione delle aree territoriali rimaste scoperte (ad es. l'operatore economico istante in Sicilia risulta aggiudicatario unico e quindi assegnatario delle restanti aree rimaste scoperte oltre all'area territoriale di Siracusa); invece, a una funzione evidentemente diversa risponde la garanzia prevista dall'art. 10 del disciplinare di gara e dall'art. 29 delle condizioni generali di contratto, richiesta per l'esecuzione dell'appalto specifico e pari al 10% dell'importo riferito all'appalto specifico e valida fino al termine di esecuzione delle prestazioni;

RITENUTO, tuttavia, che sia in contrasto con il principio di proporzionalità e par condicio un'eventuale richiesta della cauzione commisurata a un valore dell'Accordo Quadro relativo ai lavori da collaudare e non al valore complessivo ipotizzabile dei servizi di collaudo per i quali risulta aggiudicatario, secondo un criterio differente rispetto al criterio seguito per i Sub-lotti Prestazionali nn. 1, 2 e 3, l'importo della garanzia dovendo risultare proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto;

RITENUTO che una valutazione complessiva dell'importo dell'Accordo Quadro rispetto ai servizi di collaudo sia possibile, conosciuto il valore massimo complessivo per il Sub-lotto Prestazionale relativo ai lavori, tenuto conto che il corrispettivo dei singoli appalti specifici aventi ad oggetto servizi di collaudo sarà determinato secondo quanto previsto dal DM 17/06/2016 recante "Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016";

Sulla base delle considerazioni sopra espresse,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- alla procedura in esame non trovi applicazione l'art. 1, comma 4, d.l. n. 76/2020;
- l'art. 9 del disciplinare di gara debba essere applicato tenuto conto dell'importo massimo stimato per il Sub-lotto Prestazionale n. 4 con riferimento al valore massimo stimato per i servizi di collaudo determinato secondo quanto previsto dal DM 17/06/2016.

Il Presidente  
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 21 dicembre 2020  
Per il Segretario Maria Esposito  
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente

