



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 396

DEL 12 aprile 2017

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. Sezione autonoma di Catania - Procedura aperta per interventi di mitigazione rischio esondazione del torrente Agrò e suoi affluenti Brisi-Licastro con ripascimento arenile a salvaguardia del centro abitato da eseguirsi presso il Comune di S. Alessio Siculo. Importo a base di gara euro: 1.066.614,73. S.A.: Comune di S. Alessio Siculo.

PREC 141/16/L

Offerta economicamente più vantaggiosa – criteri di valutazione.

I criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono 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. Le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Art. 95, d.lgs. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 172411 del 21 novembre 2016 presentata dalla Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. Sezione autonoma di Catania, relativamente alla procedura aperta per interventi di mitigazione rischio esondazione del torrente Agrò e suoi affluenti Brisi-Licastro con ripascimento arenile a salvaguardia del centro abitato da eseguirsi presso il Comune di S. Alessio Siculo;

VISTI in particolare, i tre profili di doglianza sollevati da parte istante in merito a quanto prescritto nella *lex specialis* di gara circa: 1) l'attribuzione all'offerta tecnica di punteggio (20/100) qualora l'operatore economico si impegni a scavare e stendere, oltre a quello previsto nel progetto esecutivo (m³ 107.500) un numero determinato di m³ (max 12.500) di materiale sabbioso/ghiaioso provenienti dagli scavi sul torrente. L'ANCE sostiene l'illegittimità di tale previsione poiché trattasi di elementi di valutazione non attinenti al merito dell'offerta tecnica e della sua qualità intesa come proposta di soluzioni progettuali migliorative o di tecnologie esecutive e organizzative che devono essere coerenti al progetto a base di gara. Ritiene, inoltre che si concretizzerebbe un dissimulato ulteriore ribasso economico. 2) la prevista corresponsione, ai sensi dell'art. 35, comma 18 d.lgs. 50/2016, di una anticipazione in favore dell'appaltatore pari al 20% dell'importo contrattuale. L'associazione istante



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene che siffatta clausola debba fare riferimento al valore stimato dell'appalto. 3) la presunta illegittimità della prevista clausola di esonero della responsabilità dell'ente per mancato finanziamento dell'opera;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto con nota del 18.1.2017;

VISTE le osservazioni formulate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provv. Interregionale OO.PP. Sicilia-Calabria con le quali preliminarmente evidenzia che erroneamente nella relativa istanza di parere è stato indicato il Provveditorato quale stazione appaltante dell'intervento in oggetto, risultando invece il Comune di S. Alessio Siculo. Contesta, comunque le censure avanzate, riportandosi a quanto argomentato con nota dell'8.11.2016 indirizzata all'ANCE Palermo, ritenendo che: 1) non è obbligatorio che l'offerta tecnica si traduca in una proposta di soluzioni progettuali migliorative e che è data facoltà alle stazioni appaltanti di scegliere se consentire o meno ai concorrenti di presentarle. Sostiene il Provveditorato che né lo scavo e la stesa dei materiali ulteriori rispetto a quelli posti a base di gara possano tradursi in *«una diversa ideazione dell'oggetto dell'appalto ponendosi come del tutto alternativo rispetto a quello ideato dalla stazione appaltante»* in quanto incidenti in termini percentuali in misura molto ridotta sul progetto esecutivo e, tra l'altro, si pongono in perfetta continuità con detto progetto esecutivo. Nessuno degli elementi che possono caratterizzare l'offerta economicamente più vantaggiosa può tradursi in un dissimulato ulteriore ribasso economico in quanto l'impresa, nel formulare la propria offerta economica, terrà conto di quanto richiesto dalla stazione appaltante riguardo gli elementi, diversi dal prezzo, che compongono l'offerta economicamente più vantaggiosa. 2) Relativamente alla corretta interpretazione dell'art. 35, comma 18, d.lgs. 50/2016 evidenzia che il riferimento nel bando di gara all' "importo contrattuale" sarebbe stato eliminato, rinviando a una formulazione generica. 3) Con riferimento alla clausola di esonero prevista sostiene che, riprendendo quanto statuito sul punto dalla giurisprudenza, le Amministrazioni hanno inteso richiamare l'attenzione sul fatto che non possa essere esclusa una revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuto mancato finanziamento dell'opera;

VISTO il necessario coinvolgimento nel contraddittorio della stazione appaltante avvenuto con nota del 23.2.2017 e le relative osservazioni pervenute con le quali il Comune di S. Alessio Siculo rappresenta di condividere quanto già argomentato dal Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Sicilia-Calabria nella nota dell'8.11.2016 direttamente indirizzata all'ANCE Palermo, sia nella nota del 26.1.2017;

VISTA l'ulteriore memoria riassuntiva e integrativa inoltrata dall'ANCE Catania con la quale ribadisce quanto già precisato nella richiesta di parere, evidenziando come dai verbali di gara del 15 e 16 dicembre 2016 emerga che su 58 concorrenti, 57 hanno presentato identica offerta tecnica impegnandosi ad effettuare il massimo dello scavo e stenditura m³ di materiale sabbioso/ghiaioso provenienti dagli scavi sul torrente, ottenendo così tutti un punteggio di 20/20 con altrettanto identica offerta tempo pari al minimo stabilito nel bando pari a 145 gg, con relativa attribuzione di punteggio 40/40;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, d.lgs. 50/2016;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che la *lex specialis* non risulta aver contemplato espressamente la possibilità di formulare nell'offerta tecnica proposte di soluzioni progettuali migliorative né faccia riferimento a possibili varianti al progetto, limitandosi a prevedere nel disciplinare, con riferimento al contenuto della busta "B – Offerta tecnica", a pena di esclusione, l'allegazione della dichiarazione del concorrente in ordine alla manifestazione di volersi impegnare o meno a scavare e stendere un numero determinato di metri cubi di materiale sabbioso/ghiaioso proveniente dagli scavi sul torrente, espresso in cifre e lettere, con attribuzione di un punteggio massimo di 20/100. La stazione appaltante fornisce indicazioni circa il limite massimo di scavo e stenditura in m³ (max 12.500);

CONSIDERATO che, nel caso in esame, il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO, in generale, che nella fase del disegno della gara la stazione appaltante deve individuare concretamente i propri obiettivi (di regola molteplici), attribuire un peso relativo a ciascuno di essi, definire le modalità attraverso cui viene valutato il grado di adeguatezza di ciascuna offerta rispetto al singolo obiettivo, nonché sintetizzare le informazioni relative a ciascuna offerta in un unico valore numerico finale;

CONSIDERATO che la disposizione sopra richiamata, come noto, prevede che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono 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;

CONSIDERATO, altresì, che l'Autorità nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", ha specificato che «*le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo*»;

TENUTO CONTO che nel caso in esame, la maggiore quantità in m³ di scavo di sbancamento rileva quale unico criterio qualitativo dell'offerta tecnica, con attribuzione del relativo punteggio pari a 20/20 e che la disciplina di gara, anche con riferimento all'offerta temporale, prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 40 al tempo di esecuzione minimo di giorni 145 (sulla durata massima prevista da capitolato in 181 giorni);

RITENUTO che entrambe i parametri di attribuzione del punteggio previsti sia per l'offerta tecnica che per l'offerta temporale possano realizzare un appiattimento delle offerte su medesimi valori, ponendo l'evidente rischio di vedere vanificato l'obiettivo previsto dal legislatore, quale quello di ricercare il miglior rapporto prezzo/qualità insito nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la conseguenza che l'offerta economica, espressa in termini di ribasso, con attribuzione di punteggio massimo pari a 40, rilevi quale elemento per determinare la "migliore offerta";

RILEVATO che dai verbali di gara emerge con chiarezza che il rischio sopra descritto si è di fatto concretizzato in presenza di numero 57 offerte su 58 aventi contenuto identico sia con riferimento agli elementi tecnici (impegno a effettuare il massimo dello scavo e stenditura in m³ (max 12.500 in aggiunta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

a quella prevista da progetto) di materiale sabbioso/ghiaioso proveniente dagli scavi del torrente con attribuzione di punteggio 20/20, sia con riferimento all'elemento offerta temporale pari al minimo previsto di giorni 145, con attribuzione del punteggio 40/40, affidando così la scelta della migliore offerta alla capacità economica dell'operatore che abbia offerto l'esecuzione delle prestazioni al prezzo più basso;

CONSIDERATO, invece, quanto previsto attualmente dall'art. 35, comma 18, d.lgs. 50/2016 in tema di corresponsione dell'anticipazione del prezzo, laddove stabilisce che: *«Sul valore stimato dell'appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori. L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori (...). L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione dei lavori non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione»;*

TENUTO CONTO che secondo quanto previsto dalla legge 28 gennaio 2016, n. 1, in particolare all'articolo 1, comma 12, lettera e) circa le disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 da adottare entro un anno dalla data di entrata in vigore del suddetto decreto, il Governo ha deciso di avvalersi di tale facoltà, approvando, nella seduta del Consiglio dei ministri del 23 febbraio 2017, lo schema del decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Con particolare riguardo al comma 18 dell'art. 35, si apprende che la norma di riferimento presumibilmente subirà la modifica nel senso che l'anticipazione del prezzo da corrispondere all'appaltatore da parte della stazione appaltante deve essere calcolata *“sul valore del contratto di appalto”*, invece che sul *“valore stimato”* come attualmente previsto. Sul punto è utile evidenziare che si è espresso il Consiglio di Stato con parere n. 782/2017 rappresentando che *«si tratta di una modifica sostanziale, che risponde alla corretta esigenza di evitare, da un lato, un'anticipazione inutilmente elevata per la stazione appaltante, dall'altro lato, una garanzia fidejussoria troppo onerosa per l'appaltatore, ancorando la misura dell'anticipazione e della garanzia a un dato reale e non stimato»;* TENUTO CONTO che, sul punto, le indicazioni fornite nella *lex specialis* di gara ancorchè depongano nel senso sopra appena descritto, risultano comunque essere state oggetto di appositi chiarimenti/precisazioni/FAQ da parte del Provveditorato mediante i quali è stato evidenziato che la previsione contenuta nel disciplinare di gara deve essere intesa nel senso che *“la stazione appaltante corrisponderà all'appaltatore un'anticipazione ai sensi dell'art. 35, comma 18 d.lgs. 50/2016, nella misura che verrà successivamente precisata dalla giurisprudenza e/o dall'Anac”*, manifestando così l'intenzione di uniformarsi a essa, in virtù del principio di eterointegrazione del bando e del disciplinare di gara;

CONSIDERATO infine, che relativamente alla prevista lettera c) del paragrafo relativo alle precisazioni finali del disciplinare di gara *«l'aggiudicatario non ha alcunchè a pretendere in caso di mancato*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

finanziamento dell'opera» giova richiamare quanto precisato dalla giurisprudenza contabile laddove si è espressa nel senso « l'ente appaltante, all'atto dell'affidamento dei lavori alla ditta, assume nei suoi riguardi l'obbligo contrattuale diretto e la sussistenza di un rapporto di finanziamento con soggetti terzi rimane del tutto avulso e ininfluenza dalla causa del contratto (cfr. Corte dei Conti, sez. Puglia, n. 53/2013),

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che, nel caso in esame: i parametri di attribuzione del punteggio così come previsti sia per l'offerta tecnica che per l'offerta temporale non consentono un effettivo confronto concorrenziale, con il rischio di vedere realizzate situazioni di appiattimento delle offerte sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, così come previsto dall'art. 95, d.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

In data 28 aprile 2017

Il segretario Maria Esposito