

DELIBERA N. 162

del 30 marzo 2022.

Oggetto

Procedure negoziate – ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. b) della Legge 11.09.2020 n. 120 e ss.mm.ii. e dell’art. 63 del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 – per l’affidamento, nelle forme dell’accordo quadro di cui all’art. 54 co. 3 del D. Lgs. 50/2016, dei lavori di efficientamento energetico e consolidamento strutturale (ed in via residuale ed eventuale dei servizi di progettazione definitiva-esecutiva) di vari stabili in Civitavecchia di proprietà dell’A.T.E.R. del comprensorio di Civitavecchia e/o ad essa conferiti in gestione, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95 comma 2 del predetto D.Lgs e da compensare – ove e/o fin quando la normativa lo renda possibile – mediante il cd. sconto in fattura di cui all’art. 121 co. 1 lett. a) del D.L. n. 34 del 19.05.2020 coordinato con la legge di conversione 17 luglio 2020 n. 77, autorizzata ed approvata con Determinazione del D.G. n. 311 del 04.11.2021.

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;

Vista la relazione dell’Ufficio Vigilanza Lavori

Premessa

Con nota acquisita al prot. n. 78736 del 02.11.2021 perveniva all’Autorità la richiesta di parere dell’ATER del comprensorio di Civitavecchia, in relazione ad una procedura negoziata, di cui all’oggetto, nella forma dell’accordo quadro di cui all’art. 54, comma 3 del d.lgs. 50/2016, per l’affidamento dei lavori di efficientamento energetico e consolidamento strutturale di alcuni stabili aziendali in Civitavecchia, *“da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95 comma 2 del predetto D.Lgs e da compensare -ove e/o fin quando la normativa lo renda possibile- mediante il cd. sconto in fattura di cui all’art. 121 co. 1 lett. a) del D.L. n. 34 del 19.05.2020 coordinato con la legge di conversione 17 luglio 2020 n. 77”*

In tale richiesta di parere - con specifico riferimento alla previsione della lex specialis afferente alla presentazione, da parte dell’aggiudicatario, di *“...polizza che garantisca l’Ater contro i rischi derivanti dalla mancata fruizione dei Bonus Fiscali in conseguenza di atti e/o fatti dell’operatore economico aggiudicatario (in via esemplificativa, mancata fruizione del superbonus 110% per mancato rispetto dei termini di completamento dell’opera, ovvero esecuzione di opere e/o impiego di materiali difformi rispetto alla progettazione asseverata, ovvero a quelle previste dalla normativa cd. superbonus) e delle sanzioni eventualmente irrogate dalla Agenzia delle Entrate”* – è stato richiesto se *“rilevato che sul mercato la garanzia sub ‘e’, nelle forme così come richiesta, non è reperibile, tenuto conto della presenza degli altri profili di garanzia sopra richiamati e della comprovata solidità dell’operatore economico aggiudicatario, può: a. in difformità della lettera di invito, dare comunque corso alla sottoscrizione del contratto rinunciando alla stessa; b. considerare detta garanzia analoga a quella prevista dall’art. 103 D.Lgs. 50/2016 e, pertanto, fruire delle previsioni di cui al comma 11 che*

consentono alla Stazione appaltante, motivando il provvedimento, di rinunciare alla garanzia a fronte di un miglioramento dell'offerta economica".

Considerato in fatto

A fronte della ricezione della predetta istanza di parere – nel rilevare che *"risultano avviate varie procedure negoziate per alcuni stabili siti in Civitavecchia (in via Don Milani, via Guido Baccelli, via XVI Settembre, via Labat, via Navone). Tali procedure si presentano simili per tipologia (procedure negoziate per l'affidamento di accordo quadro), oggetto (efficientamento energetico e consolidamento strutturale), importi (tra i 5.000.000,00 euro e i 5.300.000,00 euro), durata (quattro anni) e presentano la clausola di garanzia di cui sopra"* – con nota prot. n. 3187 del 18.01.2022 è stato comunicato l'avvio dell'istruttoria con riferimento alle procedure indette dall'Ente ATER del comprensorio di Civitavecchia relativamente a due profili di criticità, afferenti a una possibile modifica ex post delle condizioni di gara in materia di garanzie assicurative con conseguente possibile alterazione del regime di libera concorrenza, e in secondo luogo con riferimento all'indeterminatezza dell'oggetto dell'appalto.

Con riferimento a tale ultimo profilo nel citato avvio è stato evidenziato che nelle lettere di invito alle procedure negoziate viene precisato che, unitamente ai lavori di efficientamento energetico e consolidamento strutturale, all'aggiudicatario possono essere affidati in via definitiva eccezionale e residuale e sempre nelle forme dell'accordo quadro anche ordinativi specifici aventi ad oggetto attività di progettazione definitiva/esecutiva relative ai lavori medesimi. In tale contesto è stato richiesto alla Stazione appaltante di fornire una relazione generale nella quale chiarire quante e quali procedure di gara sono state indette e una relazione specifica per ciascuna procedura di gara con indicazione dello stato di attuazione della stessa (se ancora in corso svolgimento o già aggiudicate), richiedendo, inoltre, di allegare la documentazione essenziale di gara tra cui, in particolare, la progettazione eseguita e messa a disposizione degli operatori economici partecipanti.

A riscontro dell'avvio del procedimento risulta pervenuto un primo riscontro della Stazione appaltante, acquisito al prot. n. 7573 del 02.02.2022, nell'ambito del quale si rileva preliminarmente che *"sfruttando l'introduzione del cd. superbonus (efficientamento sismico ed energetico) per l'esecuzione sui propri stabili di lavori di efficientamento energetico e consolidamento strutturale ha avviato una procedura negoziata del valore di € 5.300.000,00 invitando ai sensi dell'art. 1, co. 2, D.L. 16 luglio 2020 n. 76 (convertito in legge 11 settembre 2020 n. 120) almeno dieci operatori (per l'esattezza, quindici) per l'affidamento, nelle forme dell'accordo quadro di cui all'art. 54 co. 3 del D. Lgs. 50/2016, dei lavori di efficientamento energetico e consolidamento strutturale di alcuni stabili aziendali in Civitavecchia da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 comma 2 del predetto D.Lgs e da compensare -ove e/o fin quando la normativa lo renda possibile- mediante il cd. sconto in fattura di cui all'art. 121 co. 1 lett. a) del D.L. n. 34 del 19.05.2020 coordinato con la legge di conversione 17 luglio 2020 n. 77".*

Nel limitare tale primo riscontro al profilo della polizza assicurativa l'Azienda, come già esposto precedentemente, ritiene *".....di potersi valere delle previsioni di cui all'art. 103 co. 11 D. Lgs. 50/2016"*, sulla scorta della considerazione che *"la tipologia di polizza assicurativa richiesta dalla scrivente Ater non rientra tra le previsioni del Legislatore e risulta ultronea rispetto alle stesse in quanto la funzione di garanzia contro l'inadempimento dell'appaltatore (tale da pregiudicare la fruizione del superbonus) viene già fornita mediante la garanzia definitiva prevista dall'art. 103"*, nonché *".....della circostanza -acclarata- che il mercato assicurativo non fornisce tale polizza, ad avviso di chi scrive la stazione appaltante, avendo interesse a procedere all'esecuzione delle lavorazioni in ragione della convenienza economica determinata dal fatto di svolgere gli interventi di efficientamento e consolidamento senza esborso economico alcuno (grazie allo sconto in fattura) e, al contempo, dovendo svolgere dette lavorazioni entro i prossimi 12 mesi in ragione delle scadenze correnti, ritiene di potersi valere del comma 11 dell'art. 103 rinunciando a tale garanzia a fronte di un miglioramento*



dell'offerta economica da parte degli operatori economici", e che "Né potrebbe ritenersi che tale soluzione possa in qualche modo determinare un'alterazione della concorrenza (peraltro, da limitare ai soli operatori economici invitati, trattandosi di procedura negoziata) in quanto tale modifica non può certamente ritenersi sostanziale (nei termini già indicati dall'Autorità con il parere del 18/7/2017 n. 686 ed ancor prima della Corte di giustizia del 13 aprile 2010 nella causa C-91/08)".

In allegato è stata trasmessa la dichiarazione di un operatore assicurativo, nell'ambito della quale è stato rilevato che *"In merito alla richiesta di copertura assicurativa circa "la mancata eventuale fruizione dei benefici fiscali in conseguenza di atti e/o fatti dell'operatore economico aggiudicatario", con la presente si dichiara la attuale indisponibilità del mercato assicurativo Italiano alla sottoscrizione dei rischi sopra indicati, tranne rari casi con limitazioni tali da non consentire soddisfazione alla copertura richiesta", con la precisazione della Stazione appaltante di avere ".....rilevato personalmente dallo scrivente a seguito di colloqui occorsi con altri broker assicurativi. Del resto, la previsione di tale polizza non è stata preceduta da una preventiva indagine sul mercato in ordine alla possibilità di offerta da parte delle compagnie assicuratrici".*

Ulteriore riscontro della Stazione appaltante risulta acquisito al prot. n. 10364 in data 11.02.2022, rilevando, nella sostanza, di non *"condividersi, innanzitutto, la criticità prospettata circa una possibile indeterminatezza dell'oggetto del contratto, ravvisata nella previsione eccezionale e residuale di un'eventuale assegnazione di attività di progettazione agli operatori economici aggiudicataria" e che "l'oggetto della prestazione contrattuale è ben determinato e circoscritto essendo agevolmente individuabile nell'esecuzione di lavori edili di efficientamento energetico e miglioramento sismico da attuarsi nei limiti degli importi di massimale incentivato nelle sottoclassi di intervento previste (involucro, infissi, fotovoltaico, colonnine elettriche, caldaie, domotica)".*

Nel medesimo riscontro è stata data evidenza che *"sono state avviate le procedure negoziate con invito di almeno 10 operatori economici sui seguenti fabbricati..."* richiamando a tale riguardo n. 11 immobili e fornendo la relazione specifica sulle singole procedure.

Considerato in diritto

Sulla possibile disapplicazione della polizza assicurativa inerente alla garanzia dai rischi derivanti dalla mancata fruizione dei Bonus Fiscali

Come evidenziato nelle premesse, l'ATER di Civitavecchia ha indetto varie procedure negoziate, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) della Legge 11.09.2020 n. 120 e ss.mm.ii. e dell'art. 63 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, prevedendo nella lettera di invito, che *"All'atto della stipulazione dell'Accordo Quadro l'aggiudicatario deve presentare ..." tra le varie garanzie " una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di progettazione, per danni patrimoniali e materiali (compresi danni all'opera), con decorrenza dalla data di stipula del presente Accordo e sino alla data di emissione del Certificato di Collaudo Provvisorio. Tale polizza dovrà avere un massimale non inferiore a 5.000.000,00 (cinquemilioni/00). Tale polizza dovrà, altresì, garantire l'A.T.E.R. di Civitavecchia contro i rischi derivanti dalla mancata fruizione dei Bonus Fiscali in conseguenza di atti e/o fatti dell'operatore economico aggiudicatario (connessi all'attività di progettazione demandata) e/ o contro le sanzioni che dovessero venirle comminate dalle Autorità preposte e/o contro gli esborsi che, in conseguenza di atti e/o fatti dell'operatore "economico aggiudicatario (ad es. progettazione in difformità rispetto alle previsioni normative che consentono la fruizione dei benefici fiscali), essa stazione appaltante dovesse subire a qualunque titolo. Tale polizza dovrà essere valida per un periodo pari al Periodo di Controllo da parte dell'AdE ovvero dell'Enea -entro il 31 dicembre dell'ottavo anno successivo a quello di utilizzo irregolare del beneficio fiscale;"*. In altre procedure le prescrizioni della garanzia risultano formulate con una diversa impostazione, richiedendosi, tra l'altro, all'art. 12 che

"All'atto della stipulazione dell'Accordo Quadro l'aggiudicatario deve presentare la polizza assicurativa di cui all'art. 103, comma 7 del D.Lgs. n. 50/2016 s.m.i., per una somma assicurata non inferiore all'importo dei massimali incentivati di cui in premessa relativo ai lavori, che garantisca – altresì - l'A.T.E.R. anche contro i rischi derivanti dalla mancata fruizione dei Bonus Fiscali in conseguenza di atti e/o fatti dell'operatore economico aggiudicatario (in via esemplificativa, mancata fruizione del superbonus 110% per mancato rispetto dei termini di completamento dell'opera, ovvero esecuzione di opere difformi rispetto a quelle previste dalla normativa cd. superbonus ovvero impiego di materiali difformi)".

In riferimento a tale garanzie è stata prospettata, da parte della Stazione appaltante, la possibilità di disattendere tale previsione della lex specialis, avvalendosi del disposto dell'art. 103, comma 11 del d.lgs. 50/2016, sulla scorta delle considerazioni, nella sostanza, che trattasi di polizza assicurativa che ".... non rientra tra le previsioni del Legislatore e risulta ultronea rispetto alle stesse in quanto la funzione di garanzia contro l'inadempimento dell'appaltatore (tale da pregiudicare la fruizione del superbonus) viene già fornita mediante la garanzia definitiva prevista dall'art. 103", nonché ".....della circostanza -acclarata- che il mercato assicurativo non fornisce tale polizza,".

In riferimento a tale profilo, in esito alle considerazioni svolte dal competente Ufficio Giuridico dell'Autorità, si osserva, in via preliminare che il d.lgs. 50/2016, in continuità con la previgente disciplina dettata dal d.lgs. 163/2006, ha disegnato un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicitica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto. In particolare, il Codice individua tali garanzie, prevedendole e disciplinandole (per gli aspetti che qui rilevano), agli articoli 93 (Garanzie per la partecipazione alla procedura), 103 (garanzie definitive), 104 (garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore), oltre alle garanzie richieste al progettista (art. 24, comma 4).

Mediante la previsione di tali garanzie, il legislatore ha voluto tutelare la stazione appaltante e, quindi, l'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'appalto, non soltanto per l'eventuale inadempimento dell'appaltatore, ma anche per eventuali ulteriori e distinti danni che la stessa può subire, direttamente o indirettamente, a causa dell'esecuzione del contratto (si giustifica in tal modo anche l'espressa previsione di una copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi ex art. 103).

In tale contesto la garanzia in esame non appare legittimamente inserita nella lettera di invito, esulando dal predetto sistema di garanzie delineato dal legislatore del Codice. Pertanto, tale garanzia "atipica", frutto di un'autonoma determinazione della stazione appaltante, oltre a non trovare riscontro in disposizioni del d.lgs. 50/2016, costituisce un onere aggiuntivo per l'aggiudicatario, il quale è già tenuto alla presentazione delle diverse garanzie contemplate nel Codice, le quali coprono anche l'eventuale inadempimento dell'appaltatore e gli eventuali ulteriori e distinti danni che la stazione appaltante può subire, direttamente o indirettamente, a causa dell'esecuzione del contratto (art. 103).

A ciò si aggiunga che la garanzia è stata richiesta dalla stazione appaltante, in assenza di una previa verifica in ordine alla sua presenza sul mercato assicurativo. Tanto che, come evidenziato dalla stessa amministrazione in corso di istruttoria, l'aggiudicatario si troverebbe nell'impossibilità di stipularla.

Dunque, per le ragioni sopra indicate la clausola contemplante la richiesta della garanzia in esame sembra affetta da un vizio di irragionevolezza, quanto al fatto che la stessa oltre a non trovare riscontro nelle previsioni del Codice, è stata richiesta dalla stazione appaltante in assenza di adeguata analisi preventiva in ordine alla sua disponibilità sul mercato assicurativo, nonché da un vizio per eccessiva onerosità per l'aggiudicatario, rappresentando un ingiustificato onere economico aggiuntivo, privo di base giuridica, per lo stesso operatore economico, già tenuto a presentare tutte le garanzie tipiche previste dal Codice.

Sembra utile osservare al riguardo che a conclusioni simili è giunta l'Autorità in relazione ad un caso analogo (ancorché riferito al regime normativo di settore previgente a quello attuale), riferito alla richiesta da parte della stazione appaltante, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, di garanzie atipiche al



solo aggiudicatario, ritenendo le stesse affette dai vizi sopra indicati (parere n. 224/2010- PREC 214/10/L).

Si ritiene, pertanto, che i vizi riscontrati in ordine alla clausola in esame, posta a carico dell'aggiudicatario, pur non integrando il presupposto del contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione e della conseguente nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice, debbano comunque ricondursi alla ordinaria conseguenza dell'annullabilità per illegittimità della clausola del bando, da far valere, quindi in via giurisdizionale o mediante esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante.

Alla luce di tali considerazioni, riguardo alla possibilità di disattendere tale previsione ai fini della stipula del contratto con i soggetti aggiudicatari, occorre evidenziare che per consolidato orientamento giurisprudenziale, le prescrizioni stabilite nella "*lex specialis*" vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportune o incongruamente formulate.

Più in dettaglio, l'Amministrazione, è tenuta all'osservanza delle prescrizioni della *lex specialis*, «*con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni* (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti» (Cons. Stato, III, n. 5746/2020).

Corollario a tale principio, è quello per il quale la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che «*le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella lex specialis medesima*» (Cons. Stato, n. 5746/2020).

Per quanto sopra, pertanto, nel caso di specie la stazione appaltante – vincolata al rispetto della lettera di invito, secondo i chiarimenti offerti dalla giurisprudenza – non può disapplicare arbitrariamente la clausola contemplante la garanzia in esame ma, tenuto conto delle considerazioni svolte in ordine ai vizi riscontrati in relazione alla stessa, può procedere alle competenti valutazioni in ordine all'eventuale esercizio dell'autotutela in relazione alla procedura di gara.

L'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016, infatti, fa salvo l'esercizio dei poteri di autotutela della stazione appaltante anche dopo che l'aggiudicazione sia divenuta efficace, fino alla stipulazione del contratto.

In proposito, «*come più volte sottolineato dall'Autorità (cfr. ex multis Delibera n. 95 del 19/05/2011; Delibera n. 19 del 12/02/2009), va ribadito che la valutazione in ordine al possibile annullamento in autotutela di una procedura di gara ovvero alla revoca della stessa rientra nella esclusiva potestà discrezionale della stazione appaltante, la quale è titolare del potere di rivalutare le situazioni di fatto e di diritto poste alla base del provvedimento amministrativo adottato, in presenza di concrete e motivate ragioni di interesse pubblico e dei presupposti codificati dall'art. 21-quinquies e dall'art. 21-nonies della L. n. 241/90 relativi, rispettivamente, alla revoca e all'annullamento d'ufficio. Detta potestà, come noto, trova fondamento nei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione ai*

sensi dell'art. 97 Cost. e, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, è esercitabile dalla stazione appaltante anche dopo la conclusione della procedura di scelta del contraente e dopo che l'aggiudicazione abbia acquisito efficacia (in tal senso depone l'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, il quale nel disciplinare la fase integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione e quella della stipula del contratto, prevede espressamente che è "fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti")» (Delibera n. 929/2019-Prec 141/2019/L).

Anche la giurisprudenza amministrativa conferma che «..... in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di vizi dell'intera procedura, ovvero a fronte di motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (cfr., tra le tante, Cons Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323, e la giurisprudenza ivi citata)» (cfr. sentenza TAR Liguria n. 603/2020).

L'esercizio del potere di autotutela, sulla base delle chiare disposizioni della l. 241/1990 e dei principi dettati in materia dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, pertanto, è rimesso al prudente apprezzamento dell'Amministrazione interessata la quale è tenuta a valutare la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse che giustificano la rimozione dell'atto viziato.

In tale contesto, irrilevante appare il richiamo operato dalla Stazione appaltante alla possibile applicazione dell'art. 103, comma 11 del codice, il quale prevede che "E' facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), nonché per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione". Tale disposizione normativa, oltre a fare riferimento alle garanzie definitive tipiche di cui all'art. 103 del codice e a contemplare il ricorrere di specifiche circostanze concretamente non evidenziabili nei casi di specie, non si ritiene possa consentire una disapplicazione della *lex specialis*, che si porrebbe in contrasto con i predetti principi in tema di "autovincolo" e delle garanzie connesse all'applicazione di tale principio al fine del corretto svolgimento della procedura.

Profili di approssimazione nell'operato della Stazione appaltante sono altresì evidenziabili in relazione alla circostanza che la predetta garanzia "atipica" è stata richiesta dalla stazione appaltante, in diverse procedure negoziate, in assenza di adeguata analisi preventiva in ordine alla sua disponibilità sul mercato assicurativo, non coerentemente con i principi di efficacia e di correttezza, che regolano l'azione amministrativa. Tale inadeguata valutazione pregiudica di fatto la possibilità per la Stazione appaltante di formalizzare la stipulazione dei contratti, con il rischio di vanificazione delle diverse procedure adottate, risultando almeno 7, allo stato, le procedure interessate dalla predetta problematica in merito alla mancata reperibilità della garanzia suddetta, illegittimamente apposta. Si rileva al riguardo che risultano stipulati n. 4 accordi quadro con i soggetti aggiudicatari, in "assenza temporanea" della predetta polizza, la cui validità ed efficacia risulta condizionata dalla possibilità di rinuncia alla predetta polizza, leggendosi che "condizionando la validità ed efficacia dell'odierno accordo quadro all'esatto adempimento di quelle che saranno le determinazioni di ANAC"; per altre n. 3 procedure, allo stato aggiudicate, la Stazione appaltante sarebbe in attesa della sottoscrizione dell'accordo quadro, sempre facendo riferimento alla pendenza della predetta condizione.

Sul profilo della indeterminatezza dell'oggetto dell'accordo quadro

Nella nota di avvio istruttoria (prot. n. 3187 del 18.01.2022) è stato contestato all'ATER Civitavecchia un secondo profilo di criticità relativo a una possibile *"indeterminatezza nell'oggetto dell'appalto derivante dal fatto che a carico del soggetto aggiudicatario potrebbero essere poste, sebbene in via eccezionale e residuale, non ben identificate attività di progettazione definitiva/esecutiva"*.

Nella nota di riscontro (nota acquisita al prot. n. 10364 del 11.02.2022) l'ATER Civitavecchia non ha condiviso tale profilo di criticità sostenendo che, in linea generale, *"l'oggetto della prestazione contrattuale è ben determinato e circoscritto essendo agevolmente individuabile nell'esecuzione di lavori edili di efficientamento energetico e miglioramento sismico da attuarsi nei limiti degli importi di massimale incentivato nelle sottoclassi di intervento previste (involucro, infissi, fotovoltaico, colonnine elettriche, caldaie, domotica)"*.

In particolare, quanto alla progettazione degli interventi, ATER Civitavecchia ha comunicato di aver selezionato con procedura europea, proprio in vista dei plurimi interventi da effettuare, un operatore economico cui affidare l'attività di progettazione necessaria per l'esecuzione degli interventi edili oggetto delle procedure in esame. Trattasi dell'«Accordo quadro per servizi di progettazione relativi a lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sul patrimonio immobiliare di proprietà di ATER Civitavecchia ovvero ad essa conferito in gestione – CIG 8032453DE5», il cui bando di gara è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 18.09.2019. La gara è stata aggiudicata a [omissis]; l'Accordo quadro è stato sottoscritto il 6.05.2020.

Per ogni singolo intervento progettuale, afferma ATER Civitavecchia, *"il livello progettuale da raggiungere è, naturalmente, quello esecutivo, necessario per consentire agli operatori economici di realizzarlo esattamente"*. Conseguentemente, continua, *"proprio in ragione del fatto che l'attività progettuale è demandata ad un operatore economico già individuato da ATER, la previsione di conferimento di ordinativi di servizi di progettazione è stata posta in via residuale e del tutto ipotetica (tanto è vero che ad oggi nessuno tra gli operatori risultati aggiudicatari ha mai ricevuto alcun ordinativo di progettazione) ed al solo fine di contrastare gli eventuali imprevisti che sarebbero potuti sorgere nell'attuazione dell'esecuzione dell'intervento laddove il progettista individuato (con gara europea) si fosse trovato nella impossibilità di intervenire"*.

La situazione attuale relativamente agli undici interventi avviati è la seguente.

1. Via Don Milani n. 4 (CIG 8822610816) <u>Importo stimato:</u> 5.300.000,00 euro <u>Gara:</u> determinazione D.G. n. 194 del 12/07/2021 <u>Aggiudicazione:</u> determinazione DG n. 231 del 9.08.2021, aggiudicazione a [omissis] <u>Contratto di accordo quadro:</u> sottoscritto il 16.11.2021, rep. n. 6486 <u>Progettazione:</u> in fase di assegnazione
2. Via Navone nn. 6, 8, 10, 12, 14 (CIG 8762948573) <u>Importo stimato:</u> 5.320.000,00 euro <u>Gara:</u> determinazione del D.G. n. 144 del 21/05/2021 <u>Aggiudicazione:</u> determinazione DG n. 226 del 4.08.2021, aggiudicazione al costituendo RTI [omissis] <u>Contratto di accordo quadro:</u> sottoscritto il 11.02.2022, rep. n. 6498 <u>Progettazione:</u> risulta emesso l'Ordine applicativo n° 27 del 25/02/2021 (CIG Z8830CAA4E) avente ad oggetto il rilievo geometrico e richiesta rielaborazione e analisi dei dati tipologici/morfologici per ogni immobile ed ogni unità immobiliare e delle caratteristiche tipologiche-morfologiche del sistema edificio impianto per gli immobili in Civitavecchia di via Francesco Navone civici 6/8, 19/21, 10/12/14, 16/18/20/22, 9/13/15/17 di proprietà ATER Civitavecchia. L'importo dell'Ordine applicativo è pari a 39.551,83 euro.
3. Viale Guido Baccelli nn. 69, 73, 75 (CIG 8992639077) <u>Importo stimato:</u> 5.300.000,00 euro

<u>Gara</u>: determinazione D.G. n. 216 del 23/07/2021; gara andata deserta. Nuova gara con determinazione del D.G. n. 333 del 23/11/2021 <u>Aggiudicazione</u>: determinazione DG n. 360 del 15.12.2021, aggiudicazione a [omissis] <u>Contratto di accordo quadro</u>: in attesa di sottoscrizione <u>Progettazione</u>: risulta emesso il Contratto applicativo n°29 del 6.12.2021 (CIG 9004186957) avente ad oggetto l'elaborazione in formato BIM della progettazione definitiva ed esecutiva costituita da schema di contratto, capitolato speciale d'appalto e cronoprogramma. L'importo del Contratto applicativo è pari a 243.641,40 euro.
4. Via XVI Settembre n. 13 (CIG 8882198DA7) <u>Importo stimato</u>: 5.300.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 244 del 30/08/2021 <u>Aggiudicazione</u>: determinazione DG n. 268 del 6.10.2021; aggiudicazione a [omissis] <u>Contratto di accordo quadro</u>: in attesa di sottoscrizione <u>Progettazione</u>: risulta emesso l'Ordine applicativo n. 5 del 27.05.2020 avente ad oggetto uno studio di fattibilità (verifiche urbanistiche e dei regolamenti edilizi, attività propedeutiche alla progettazione, ecc.). L'importo dell'Ordine applicativo è di 14.789,40 euro.
5. Via Don Milani n. 8 <u>Importo stimato</u>: 5.300.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 232 del 10/08/2021; gara andata deserta. Nuova gara avviata con DG n. 331 del 22.11.2021; gara andata anch'essa deserta. <u>Aggiudicazione</u>: --- <u>Contratto di accordo quadro</u>: --- <u>Progettazione</u>: in fase di assegnazione
6. Viale Guido Baccelli nn. 85, 87 <u>Importo stimato</u>: 5.300.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 248 del 02/09/2021; gara non aggiudicata. <u>Aggiudicazione</u>: --- <u>Contratto di accordo quadro</u>: --- <u>Progettazione</u>: risultano emessi i seguenti ordini applicativi: 1. Ordine applicativo n. 12 del 1.06.2020. Viale Guido Baccelli n. 85: rilievi interni ed esterni, studi di fattibilità, inserimento urbanistico, stato di consistenza dell'immobile, studi propedeutici alla progettazione esecutiva. Importo: 22.364,95 euro. 2. Ordine applicativo n. 13 del 1.06.2020. Viale Guido Baccelli n. 87: rilievi interni ed esterni, studi di fattibilità, inserimento urbanistico, stato di consistenza dell'immobile, studi propedeutici alla progettazione esecutiva. Importo: 22.364,95 euro. 3. Ordine applicativo n. 21 del 21.10.2020 (CIG ZE32EDD58C). Viale Guido Baccelli n. 85: studio di vulnerabilità sismica e progetto di fattibilità tecnica ed economica: Importo: 39.623,10 euro. 4. Ordine applicativo n. 22 del 21.10.2020 (CIG Z832EDD625). Viale Guido Baccelli n. 87: studio di vulnerabilità sismica e progetto di fattibilità tecnica ed economica: Importo: 39.623,10 euro. 5. Ordine applicativo n. 24 del 22.10.2020 (CIG Z1F2EDF700). Viale Guido Baccelli n. 85: requisiti e pratiche per il superbonus del 110%, relazione energetica e APE ante operam: Importo: 5.082,80 euro. 6. Ordine applicativo n. 25 del 22.10.2020 (CIG Z702EDF743). Viale Guido Baccelli n. 87: requisiti e pratiche per il superbonus del 110%, relazione energetica e APE ante operam: Importo: 5.082,80 euro.
7. Via Navone nn. 19, 21, 16, 18, 20, 22 (CIG 8837829734) <u>Importo stimato</u>: 5.300.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 203 del 21/07/2021 <u>Aggiudicazione</u>: determinazione DG n. 261 del 27.09.2021; aggiudicazione a [omissis] <u>Contratto di accordo quadro</u>: sottoscritto il 19.11.2021, rep. 6487.



<u>Progettazione</u>: emesso ordine applicativo n° 27 del 25/02/2021 (CIG Z8830CAA4E) avente ad oggetto il rilievo geometrico e richiesta elaborazione e analisi dei dati tipologici/morfologici per ogni immobile ed ogni unità immobiliare e delle caratteristiche tipologiche-morfologiche del sistema edificio impianto per immobili di via Navone ai civici nn. 6/8, 19/21, 10/12/14, 16/18/20/22, 9/13/15/17. L'importo dell'ordine è pari a 39.551,83 euro.
8. Via XVI Settembre n. 20 (CIG 8971045487) <u>Importo stimato</u>: 5.000.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 189 del 09/07/2021; gara deserta. E' stata avviata una nuova gara con determinazione del D.G. n. 311 del 04/11/2021 tuttora in corso di svolgimento <u>Aggiudicazione</u>: --- <u>Contratto di accordo quadro</u>: --- <u>Progettazione</u>: emesso l'Ordine applicativo n. 4 del 27.05.2020 avente ad oggetto l'elaborazione dello studio di fattibilità e le attività propedeutiche alla progettazione. L'importo dell'Ordine applicativo è 14.789,40 euro.
9. Via Labat n. 2 (CIG 888548020F) <u>Importo stimato</u>: 5.300.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 250 del 07/09/2021 <u>Aggiudicazione</u>: determinazione DG n. 276 del 12.10.2021; aggiudicazione a [omissis] <u>Contratto di accordo quadro</u>: in attesa di sottoscrizione <u>Progettazione</u>: in fase di assegnazione.
10. Via Navone nn. 9, 13, 15, 17 (CIG 8844677A59) <u>Importo stimato</u>: 5.300.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 225 del 28/07/2021 <u>Aggiudicazione</u>: determinazione DG n. 243 del 30.08.2021; aggiudicazione a [omissis] <u>Contratto di accordo quadro</u>: sottoscritto il 26.11.2021, rep. n. 6490 <u>Progettazione</u>: emesso ordine applicativo n° 27 del 25/02/2021 (CIG Z8830CAA4E) avente ad oggetto il rilievo geometrico e richiesta elaborazione e analisi dei dati tipologici/morfologici per ogni immobile ed ogni unità immobiliare e delle caratteristiche tipologiche-morfologiche del sistema edificio impianto per immobili via Navone civici nn. 6/8, 19/21, 10/12/14, 16/18/20/22, 9/13/15/17. L'importo dell'Ordine applicativo è di 39.551,83 euro.
11. Viale Guido Baccelli nn. 77, 79, 83 <u>Importo stimato</u>: 5.300.000,00 euro <u>Gara</u>: determinazione del D.G. n. 228 del 05/08/2021 <u>Aggiudicazione</u>: determinazione DG n. 337 del 30.11.2021 di aggiudicazione a [omissis], successivamente revocata con determinazione DG n. 361 del 15.12.2021 <u>Contratto di accordo quadro</u>: --- <u>Progettazione</u>: risulta emesso il Contratto applicativo n. 30 del 6.12.2021 (CIG 90042351C9) avente ad oggetto l'elaborazione in formato BIM della progettazione definitiva ed esecutiva costituita da schema di contratto, capitolato speciale d'appalto e cronoprogramma. L'importo del Contratto applicativo è pari a 252.361,84 euro.

I dati riportati in tabella confermano che gli *Applicativi* di progettazione, sia che si tratti di *Ordini* (importo inferiore a 150.000,00 euro), sia che si tratti di *Contratti* (importo superiore a 150.000,00 euro), sono sempre commissionati all'affidatario dell'accordo quadro per i servizi di progettazione [omissis]; nessuno di essi risulta effettivamente commissionato a un soggetto aggiudicatario.

Chiarito, quindi, stando alla documentazione in atti, che i soggetti aggiudicatari degli accordi quadro di lavori non risultano coinvolti nelle attività di progettazione, permane tuttavia un profilo di criticità legato alla stessa progettazione posta a base delle procedure negoziate.

L'ATER ha affermato che *"nella fase iniziale di gara, trattandosi di un accordo da eseguirsi secondo le modalità tipiche dell'accordo quadro, non è stata allegata documentazione progettuale (preliminare, definitiva e/o esecutiva) essendo la produzione di tale documentazione spostata al successivo momento di emissione dei singoli ordinativi applicativi dell'accordo (in cui, secondo le previsioni della lex specialis, la stazione appaltante avrebbe chiarito la tipologia di intervento da eseguire, le tempistiche di esecuzione, le previsioni economiche ed allegata la documentazione progettuale dell'intervento da eseguire)"*.

Per quanto riguarda la progettazione disponibile attualmente emerge quanto segue:

- nei casi 1, 5 e 9 non risulta commissionata alcuna attività;
- nei casi 2, 7 e 10 risultano commissionate attività di rilievo dei luoghi;
- nel caso 6 risultano commissionate attività di rilievo, lo studio di vulnerabilità sismica e l'APE ante operam;
- nei casi 4 e 8 risulta commissionato lo studio di fattibilità;
- nei casi 3 e 11 risulta commissionata la progettazione definitiva/esecutiva.

Di maggiore interesse, tuttavia, è la progettazione di cui disponeva la Stazione Appaltante al momento dell'avvio della procedura negoziata. Al riguardo si rileva che:

- nei casi 2, 7 e 10 risultavano commissionate le attività di rilievo dei luoghi;
- nel caso 6 risultavano commissionate attività di rilievo, lo studio di vulnerabilità sismica e l'APE ante operam;
- nei casi 4 e 8 risultava commissionato lo studio di fattibilità;
- nei restanti casi non era stato emesso alcun ordinativo di progettazione.

Peraltro, per quanto emerso dalla consultazione del sito istituzionale dell'ATER Civitavecchia, tale documentazione progettuale non è stata inclusa nella documentazione messa preventivamente a disposizione degli operatori economici nella fase di gara. Nel caso della procedura relativa allo stabile di Via XVI Settembre n. 13, a un operatore economico che ha richiesto ulteriore documentazione il RUP ha risposto che, oltre alla documentazione posta a base di gara, avrebbe messo a disposizione *«ad ogni operatore che ne facesse diretta richiesta»* il link per acquisire ulteriore documentazione tra cui: Inquadramento territoriale ambientale urbanistico, Relazione Illustrativa, Relazione Tecnica, Rilievo di massima degli immobili, Studi di pre-fattibilità ambientale, Studio di inserimento territoriale ed urbanistico.

Conclusivamente, la S.A. ha ritenuto di non procedere allo sviluppo di una progettazione di livello esecutivo prima dell'avvio delle procedure di gara (sebbene l'accordo quadro con *[omissis]* per la progettazione degli interventi fosse stato concluso nel maggio 2020), spostando tale attività al successivo momento di emissione dei singoli applicativi dell'accordo; al momento dell'avvio delle procedure di gara la S.A. disponeva – e non in tutti i casi – solo di una progettazione di carattere preliminare (studi di fattibilità, rilievi geometrici, relazioni di inquadramento, ecc.), peraltro neanche messa preventivamente a disposizione di tutti gli operatori, ma fornita solo a quanti ne avessero fatto esplicita richiesta.

Al riguardo questa Autorità, con la Delibera n. 483 del 23 maggio 2018, ha osservato preliminarmente che *"tra le novità introdotte dal d.lgs. n. 50/2016 si registra certamente l'eliminazione della precisazione prevista dall'art. 59 del d.lgs. n. 163/2006, in base alla quale l'accordo quadro trova applicazione solo per i lavori di manutenzione"*, e chiarito che *"l'aggiudicazione di nuove opere ed interventi di manutenzione straordinaria avvenga nel rispetto della disciplina sulla progettazione, anche in caso di ricorso allo strumento dell'accordo quadro"*.

Nel caso di specie, i lavori di efficientamento energetico e di consolidamento sismico da eseguirsi nell'ambito dell'accordo quadro possono essere certamente classificati come interventi di manutenzione

straordinaria, intendendosi per tali (art. 3 comma 1 lett. oo-quinquies del d.lgs. 50/2016) *“le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali dei manufatti e delle relative pertinenze, per adeguarne le componenti, gli impianti e le opere connesse all'uso e alle prescrizioni vigenti e con la finalità di rimediare al rilevante degrado dovuto alla perdita di caratteristiche strutturali, tecnologiche e impiantistiche, anche al fine di migliorare le prestazioni, le caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza tipologica, nonché per incrementare il valore del bene e la sua funzionalità”*; in tali casi, pertanto, si può concludere che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto disporre della progettazione esecutiva da mettere a disposizione degli operatori economici già in sede di procedura di gara. L'unica eccezione era costituita dagli interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di 2.500.000,00 euro i quali, ai sensi dell'art. 23 comma 3-bis del d.lgs. n. 50/2016, possono essere affidati sulla base di un progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento. Tuttavia tale norma è stata integrata dall'art. 1, comma 6, della legge n. 55 del 2019 come modificato dall'art. 52, comma 1, lettera a), legge n. 108 del 2021 che fino al 30 giugno 2023 estende tale possibilità anche agli interventi di manutenzione straordinaria con l'esclusione, però, di quelli che prevedono, come anzidetto, il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali di opere o di impianti.

Giova inoltre sottolineare, sempre con riferimento alla Delibera n. 483 del 23 maggio 2018, che nel caso di accordo quadro con un solo operatore (art. 54 comma 3 del d.lgs. n. 50/2016) quale è quello in esame, *“alla luce della definizione di accordo quadro [...] il ricorso a tale strumento pare presupporre che siano stabilite tutte le condizioni dell'affidamento e, dunque, anche quelle concernenti le modalità con cui dovranno svolgersi le prestazioni o le opere che saranno aggiudicate, potendo restare indefinite le sole quantità che saranno effettivamente richieste dalla stazione appaltante”*.

Non si ritiene superfluo evidenziare come una progettazione non compiutamente definita possa influenzare negativamente vari aspetti dell'intera procedura come, ad es., la precisa determinazione dell'effettivo importo dell'intervento (nel caso di specie gli importi sono tutti uguali e molto prossimi alla soglia comunitaria) e la possibilità per le imprese partecipanti alla gara di formulare la loro offerta su dati analitici piuttosto che su importi e prestazioni stimate in via presuntiva ed esemplificativa; non si può escludere che le imprese invitate avrebbero potuto formulare un'offerta maggiormente conveniente per l'amministrazione qualora messe in grado di basarsi su un progetto esecutivo o la necessità di dover procedere con gara a rilevanza comunitaria nel caso in cui l'importo a base d'asta fosse risultato superiore alla relativa soglia.

Si conferma, pertanto, la criticità paventata in sede di avvio di istruttoria relativamente alla indeterminatezza dell'oggetto dell'appalto.

Infine, da un esame dell'accordo quadro emergono altri elementi di non conformità al d.lgs. 50/2016 o comunque previsioni non sufficientemente chiare. Ad esempio, all'art. 8.5 è stabilito che sono poste a carico dell'Appaltatore le spese per la *“progettazione a base di gara”* quando invece essa – sebbene ancora in corso di svolgimento, come si è detto – è stata oggetto di un apposito accordo quadro concluso nel 2020 con *[omissis]*; inoltre, nel medesimo articolo sono anche poste a carico dell'Appaltatore le spese per il Direttore dei Lavori, soggetto nominato da ATER Civitavecchia.

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 30 marzo 2022

DELIBERA

- di ritenere illegittimamente apposta la clausola della lettera di invito contemplante la presentazione, al momento della stipula dell'accordo-quadro, di una polizza finalizzata a garantire la stazione appaltante dai rischi derivanti dalla mancata fruizione di bonus fiscali, in conseguenza di atti e/o fatti dell'operatore economico aggiudicatario, non trovando riscontro nelle disposizioni del d.lgs. 50/2016 ed esulando dal sistema di garanzie delineato dal legislatore del Codice, costituendo al contempo un onere aggiuntivo per l'aggiudicatario, nonché affetta da un vizio di irragionevolezza, quanto al fatto che la stessa, tra l'altro, è stata richiesta dalla stazione appaltante in assenza di adeguata analisi preventiva in ordine alla sua disponibilità sul mercato assicurativo;
- di ritenere ulteriormente che, in applicazione dei principi giurisprudenziali richiamati, la Stazione non può disapplicare la clausola contemplante la garanzia in esame, tenuto conto che le regole contenute nella *lex specialis* vincolano lo stesso Ente che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportune o incongruamente formulate, facendo salvo l'eventuale esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante, rimesso al prudente apprezzamento della medesima;
- di ravvisare una indeterminatezza nell'oggetto dell'appalto poiché, al momento dell'avvio delle procedure negoziate per la partecipazione alle procedure di accordo quadro di cui all'art. 54 comma 3 del d.lgs. 50/2016 (accordo quadro concluso con un solo operatore economico) per i lavori di efficientamento energetico e consolidamento sismico, l'ATER Civitavecchia non disponeva di una progettazione compiutamente definita ma solo, e non per tutte, di una progettazione di carattere preliminare, peraltro neanche messa preventivamente a disposizione di tutti gli operatori ma fornita solo a quanti ne avessero fatto esplicita richiesta, non coerentemente con le norme in tema di progettazione di interventi che prevedono il rinnovo e la sostituzione di parti strutturali di opere e impianti da attuare con progettazione esecutiva.
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera alla stazione appaltante ATER del Comprensorio di Civitavecchia, invitando la medesima a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le valutazioni condotte e le determinazioni assunte sulla scorta dei rilievi formulati.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 aprile 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente