



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Provveditorato Interregionale per le OO.PP.

Sicilia - Calabria

Piazza Verdi n.16 – 90138 Palermo

Ufficio I – Amministrativo

Tel. 091/6045245

M_INF-PRPA
Provveditorato OO.PP. per La Sicilia e la Calabria
PRPA
REGISTRO UFFICIALE
Prot: 0021815-08/11/2016-USCITA

Spett.le

ANCE PALERMO

Salita Santi Romano, 30

90133 Palermo

ance.palermo@pec.ance.it

direzione@ancepalermo.it

OGGETTO: Procedure aperte per gli appalti di lavori da eseguirsi presso i Comuni di S. Alessio Siculo e Partinico (aventi rispettivamente codici CIG 68148911F6 e 68244599B7) - Riscontro a Vs. nota del 24 ottobre 2016 (n. prot. 446/2016 ANCE Palermo – n. prot. 20943 del 26 ottobre 2016 Provv. OO.PP. Sicilia - Calabria)

Il Provveditorato alle Opere Pubbliche Sicilia-Calabria e il Comune di S.Alessio Siculo (nella persona del R.U.P. e per la parte relativa ai lavori da svolgersi in detto Comune) rappresentano quanto segue in riferimento alla nota in oggetto, con la quale Codesta Associazione ravvisa alcune criticità nei bandi relativi alle procedure aperte emarginate.

Per comodità espositiva, si preferisce esaminare tali criticità separatamente.

Prima criticità segnalata

Codesta Associazione ritiene illegittime le prescrizioni del bando con le quali:

- relativamente ai lavori da eseguirsi presso il Comune di S.Alessio, viene attribuito un punteggio massimo di 20/100 se il concorrente si impegna a scavare e stendere una determinata quantità di materiale sabbioso/ghiaioso proveniente dagli scavi sul torrente, ulteriore rispetto a quella prevista nel progetto esecutivo posto a base di gara;
- relativamente ai lavori da eseguirsi presso il Comune di Partinico, viene attribuito un punteggio di 20/100 se il concorrente si impegna ad eseguire i lavori di completamento delle camerate.

Ad avviso di Codesta Associazione, tali prescrizioni sarebbero illegittime per le seguenti argomentazioni:

- a) si tratterebbe di “*elementi di valutazione non attinenti al merito dell’offerta tecnica e della sua qualità come proposta di soluzioni progettuali migliorative che devono essere coerenti al progetto posto a base di gara*”;
- b) tali “*varianti al progetto*” si tradurrebbero “*in una diversa ideazione dell’oggetto dell’appalto ponendosi come del tutto alternativo rispetto a quello ideato dalla stazione appaltante*”;
- c) si avrebbe un “*malcelato finanziamento dell’impresa all’ente e, quindi, in un dissimulato ulteriore ribasso economico*”; al concorrente, pertanto, “*non viene richiesto di gareggiare sotto il profilo della sua capacità tecnico-organizzativa, ma semmai di contribuire al finanziamento di una parte di opere non previste in progetto, ovvero di praticare un ribasso aggiuntivo rispetto a quello esplicitato nell’offerta*”;
- d) tali argomentazioni sarebbero suffragate dalla sentenza n. 2026/2014 del Tar Puglia Lecce, allegata alla nota del 24 ottobre 2016.

Riguardo le motivazioni sub a) addotte da Codesta Associazione, si osserva che, per le ragioni che di seguito si elencano, ad avviso di questo Provveditorato e del Comune di S.Alessio Siculo non è obbligatorio che l’offerta tecnica si traduca in una “*proposta di soluzioni progettuali migliorative*”.

In *primo* luogo, non esiste alcun indice normativo per il quale i bandi e i disciplinari delle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa debbano prevedere - a pena di illegittimità - la possibilità che l’operatore economico partecipante proponga una soluzione progettuale migliorativa.

Piuttosto, con il D.lgs. 50/2016, che all’art. 59 c. 1 ultimo periodo (fatte salve alcune ipotesi) vieta “*il ricorso all’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione dei lavori*”, il legislatore sembra introdurre una sorta di **principio di intangibilità del progetto esecutivo della Stazione Appaltante**, o quantomeno sembra manifestare una certa sfiducia in generale verso la possibilità che i lavori vengano appaltati sulla base di soluzioni progettuali proposte dalle Imprese.

Sarebbe dunque profondamente irragionevole se il legislatore:

- *da un lato* vietasse l’appalto integrato;
- *dall’altro* imponesse che (negli appalti le cui gare debbano essere aggiudicate con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa) il progetto esecutivo oggetto del contratto rechi con sé *sistematicamente* le proposte migliorative presentate dall’aggiudicatario in sede di offerta tecnica.

Portando tale ragionamento all’estremo, potrebbe addirittura giungersi, **al contrario**, a doversi ritenere illegittimi i bandi e i disciplinari di gara qualora **consentissero (e non: “qualora non consentissero”!) ai concorrenti di presentare proposte progettuali migliorative**.

Pur non volendo sposare in punto di diritto una linea così intransigente, pare tuttavia certamente preferibile la posizione per cui:

- è data *facoltà* alle Stazioni Appaltanti di scegliere se consentire o meno ai concorrenti di presentare proposte progettuali migliorative;
- non esiste un obbligo delle Stazioni Appaltanti di prevedere in bandi e disciplinari di gara che le Imprese propongano soluzioni progettuali migliorative.

In *secondo* luogo, la Stazione Appaltante può non aver alcun interesse istituzionale a che venga modificato il progetto esecutivo o, specularmente, può esservi un preciso interesse istituzionale a che il progetto esecutivo non venga in alcuna sua parte modificato.

In *terzo* luogo, la Stazione Appaltante può legittimamente ritenere non ulteriormente migliorabile il progetto esecutivo: potrebbe certamente avvenire che la precipua tipologia di lavori (ciò vale in particolare per i lavori da effettuarsi presso il Comune di S.Alessio) non si sposi con una diversa soluzione progettuale, senza che venga snaturata la natura esecutiva del progetto.

Riguardo le motivazioni sub b) addotte da Codesta Associazione, si precisa innanzitutto che in nessuno dei bandi e disciplinari di gara segnalati si usa l'espressione "*varianti al progetto*".

Inoltre, nè lo scavo e la stesa di materiali ulteriori rispetto a quelli posti a base di gara (relativamente ai lavori da effettuarsi presso il Comune di S.Alessio Siculo), nè il completamento delle camerate (relativamente ai lavori da effettuarsi presso il Comune di S.Alessio Siculo), possono tradursi "*in una diversa ideazione dell'oggetto dell'appalto ponendosi come del tutto alternativo rispetto a quello ideato dalla stazione appaltante*".

Tali opere, infatti, incidono in termini percentuali in misura molto ridotta (rispettivamente per circa il 10% e il 4%) sul progetto esecutivo posto a base di gara e, tra l'altro, si pongono in perfetta continuità con detto progetto esecutivo.

Riguardo le motivazioni sub c) addotte da Codesta Associazione, si osserva quanto segue.

Se si ragionasse nei termini di cui alle motivazioni sub c), bisognerebbe concludere che moltissimi elementi che caratterizzano l'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbero tradursi in un "*dissimulato ulteriore ribasso economico*". Si pensi proprio alle "*proposte progettuali migliorative*" (che ad avviso di Codesta Associazione dovrebbero caratterizzare ogni offerta tecnica): esse infatti consentirebbero all'Amministrazione di ottenere lavorazioni migliori (e con ogni probabilità più costose) rispetto a quelle di cui al progetto esecutivo, ma secondo i prezzi stabiliti nel progetto esecutivo. O, ancora, si pensi all'ipotesi - previste normativamente all'art. 95 c. 6 lett. f) D.lgs. 50/2016 del "*servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica*": in tal caso si consentirebbe all'Amministrazione di ottenere *gratuitamente* - seguendo il ragionamento di cui alle motivazioni sub c) - un servizio successivo ed ulteriore alla fornitura oggetto del contratto.

Se dunque si dovesse ritenere illegittima ogni prescrizione del bando e del disciplinare di gara che possa comportare un "*dissimulato ulteriore ribasso economico*", i margini per strutturare un'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbero praticamente nulli, e paradossalmente interesserebbero fattispecie la cui legittimità è stata al contrario predeterminata in sede codicistica.

I termini della questione vanno invero rivisti radicalmente, e cioè che al contrario **nessuno degli elementi che possono caratterizzare l'offerta economicamente più vantaggiosa può tradursi in un "dissimulato ulteriore ribasso economico"**.

È evidente infatti che nessuna Impresa faccia alcunchè di *gratuito* per la Stazione Appaltante: piuttosto 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: l'offerta economica, infatti, è strutturata dall'Impresa

riguardo l'intero *set* di possibili lavorazioni e condizioni di esecuzione che la Stazione Appaltante presenta agli operatori economici nel momento in cui predispone il bando e il disciplinare di gara.

In altri termini, e traslando quanto finora detto nel caso *de quo*:

- relativamente alla procedura aperta per i lavori da svolgersi presso il Comune di S.Alessio, è verosimile pensare che, se si impegnasse a scavare e stendere 120.000 metri cubi di materiale, l'Impresa presenterebbe un ribasso minore rispetto a quello che presenterebbe se invece si impegnasse a scavare e stendere i soli 107.500 metri cubi previsti nel progetto esecutivo;
- relativamente alla procedura aperta per i lavori da svolgersi presso il Comune di Partinico, è verosimile pensare che, se si impegnasse ad eseguire i lavori di completamento delle camerate, l'Impresa presenterebbe un ribasso minore rispetto a quello che presenterebbe se invece non si impegnasse ad eseguire i lavori di completamento delle camerate.

Queste considerazioni permettono di superare anche l'obiezione, presentata da Codesta Associazione, circa il fatto che le prescrizioni sarebbero illegittime perchè:

- 1) comporterebbero un "*malcelato finanziamento di opere non previste in progetto*";
- 2) non richiederebbero al concorrente di "*partecipare sotto il profilo della sua capacità tecnico-professionale*".

Infatti:

- 1) se così fosse, allora sarebbero illegittime anche clausole come quella già esaminata poco sopra (ovvero il "*servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica*", perchè verrebbero finanziati servizi originariamente non finanziati) la cui legittimità è invece stata già espressamente statuita normativamente;
- 2) il concorrente si impegnerebbe ad effettuare determinate lavorazioni, ulteriori rispetto a quelle previste nel progetto esecutivo posto a base di gara, in quanto l'Impresa valuterebbe se la propria capacità tecnico-professionale le consente di assumere detto impegno supplementare.

Riguardo le motivazioni sub d), va rilevato quanto segue.

In *primo* luogo, la sentenza n. 2026/2014 Tar Lecce, nella parte in cui dichiara l'illegittimità delle prescrizioni del bando che prevedono la possibilità per l'operatore economico di impegnarsi ad effettuare "*opere aggiuntive*", costituisce orientamento minoritario nel panorama giurisprudenziale. La giurisprudenza amministrativa dominante, invece, ritiene che in sede di offerta economicamente più vantaggiosa **la Stazione Appaltante possa ben richiedere opere aggiuntive rispetto a quelle previste nel progetto esecutivo** (v. es. Cons. Stato 1601/2015).

In *secondo* luogo, la sentenza n. 2026/2014 è stata emanata nella vigenza del D.lgs. 163/2006. Le statuizioni vanno invece poste di fronte al mutato scenario del D.lgs. 50/2016 il quale, affermando tendenzialmente l'*intangibilità del progetto esecutivo* nei termini sopra esposti, imporrebbe anzi di "*guardare con sospetto*" le proposte progettuali migliorative, se non addirittura di ritenerle vietate.

In *terzo* luogo, va osservato che, a ben vedere, nella stessa sentenza n. 2026/2014 tali clausole sarebbero illegittime non in sé, ma nella misura in cui, essendo espressive dell'elemento

prezzo, determinerebbero, di fatto, che l'appalto verrebbe aggiudicato con il criterio del prezzo più basso e non con quello . dichiarato - dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Seppure si volesse considerare le prescrizioni segnalate da Codesta Associazione come espressive dell'elemento prezzo, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe pienamente rispettato nelle procedure segnalate.

Infatti, all'offerta tecnica relativa alle *“opere aggiuntive”* viene attribuito un punteggio di soli 20 punti su 100, mentre, precisamente:

- nel bando e nel disciplinare di gara dei lavori da effettuarsi nel Comune di Partinico alla voce dell'offerta tecnica *“uso di materiali e prodotti eco-sostenibili in possesso di certificazioni ecologiche”* (elemento dell'offerta previsto normativamente all'art. 95 c. 6 lett. “b” D.lgs. 50/2016 come espressivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è assegnato un punteggio di 40/100, mentre all'elemento tempo (elemento dell'offerta previsto normativamente all'art. 95 c. 6 lett. “g” come espressivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è assegnato un punteggio di 10/100;
- nel bando e nel disciplinare di gara dei lavori da effettuarsi nel Comune di S.Alessio Siculo all'elemento tempo (elemento dell'offerta previsto normativamente all'art. 95 c. 6 lett. “g” come espressivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è assegnato un punteggio di 40/100.

Pertanto, anche ammettendo che le clausole segnalate siano espressive dell'elemento prezzo, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa verrebbe rispettato in quanto, precisamente, nelle procedure aperte per i lavori da effettuarsi presso i Comuni di Partinico e S.Alessio verrebbero assegnati rispettivamente 50 e 40 punti su 100 **a voci diverse dal prezzo.**

Questo Provveditorato e il Comune di S.Alessio Siculo, inoltre, intendono sottolineare che tali modalità di strutturazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono volte ad attuare nel modo più pieno possibile diversi principi che informano tutto il diritto degli appalti.

In *primo* luogo, è attuato pienamente **il principio di trasparenza dell'attività amministrativa**, in quanto l'attività svolta dalla commissione giudicatrice è agganciata a parametri numerici **oggettivi**, definiti con chiarezza e precisione in modo tale da rendere estremamente trasparente e ostensibile il processo di attribuzione dei punteggi ai concorrenti.

In *secondo* luogo, sono attuati **i principi di semplicità e speditezza dell'attività amministrativa**, in quanto la commissione giudicatrice è chiamata a svolgere un compito per lo più semplice, che non dovrebbe incorrere in particolari problematiche applicative.

In *terzo* luogo, è tutelato ampiamente il principio di **libertà della concorrenza** sotto un duplice profilo.

Non essendo richiesto alle Imprese di presentare proposte progettuali migliorative e, più in generale, di effettuare valutazioni particolarmente complesse ai fini della partecipazione, è innegabile che:

- le Imprese non siano costrette a sopportare consistenti spese (quali ad es. tutte quelle connesse per la redazione di elaborati progettuali) per la presentazione dell'offerta;
- le Imprese sono facilitate nella predisposizione dei documenti di gara.

Pertanto, è tutelato pienamente il principio di libertà della concorrenza nelle sottoarticolazioni della **tutela dell'ampiezza della partecipazione alle procedure ad evidenza**

pubblica e del rispetto del principio di snellimento, semplificazione e non aggravio degli oneri imposti a imprese e cittadini nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

Seconda criticità

Codesta Associazione lamenta che in entrambi i bandi è previsto che l'anticipazione venga corrisposta all'appaltatore, ai sensi dell'art. 35 c. 18 D.lgs. 50/2016, nella misura del 20% dell'importo contrattuale. L'anticipazione del 20%, invece, a detta dell'Associazione si calcolerebbe *“sull'importo stimato (cioè complessivo) dell'appalto e non su quello contrattuale”*.

L'art. 35 c. 18 D.lgs. 50/2016 effettivamente fa riferimento all'“*importo stimato dell'appalto*”. È però anche vero che tale disposizione, se interpretata letteralmente, può comportare effetti irragionevoli e distorsivi ed ha innescato un dibattito piuttosto acceso, che attende di essere risolto dall'ANAC o dalla giurisprudenza.

È dunque opportuno che la Stazione Appaltante manifesti una certa prudenza nel prevedere nei documenti di gara un'anticipazione pari al 20% dell'importo stimato, prima che l'ANAC o la giurisprudenza si pronuncino sulla corretta interpretazione da darsi alla disposizione. Se, infatti, l'ANAC o la giurisprudenza amministrativa ritenessero che l'art. 35 c. 18 D.lgs. 50/2016 debba essere interpretato restrittivamente come riferito all'“*importo contrattuale*”, la Stazione Appaltante dovrebbe comunque corrispondere all'Impresa un'anticipazione pari al 20% dell'importo stimato dell'appalto, qualora si fosse vincolata in tal senso nei documenti di gara.

Tuttavia, questo Provveditorato a breve chiarirà che l'anticipazione verrà corrisposta genericamente ai sensi dell'art. 35 c. 18 D.lgs. 50/2016, in tal modo al contempo:

- lasciando aperta la possibilità che successivamente detta disposizione venga interpretata nel senso restrittivo predetto;
- eliminando il riferimento nel bando all'“*importo contrattuale*”.

Terzo ordine di criticità

Secondo Codesta Associazione sarebbero illegittime le clausole di esonero di responsabilità dell'ente per mancato finanziamento dell'opera (presenti in entrambi i bandi). La formulazione testuale di dette clausole è la seguente: *“l'aggiudicatario non ha alcunchè a pretendere in caso di mancato finanziamento dell'opera”*.

Tale clausola, in realtà, riprende quanto statuito dalla giurisprudenza formatasi sulla questione concernente i diritti dell'aggiudicatario a seguito di revoca dell'aggiudicazione per mancato finanziamento dell'opera. La giurisprudenza amministrativa ha, in breve, sottolineato la legittimità di una siffatta revoca, avvenuta tra l'altro in una fase precedente la stipulazione del contratto: la responsabilità dell'Amministrazione andrebbe dunque inquadrata nella più generale figura della *“responsabilità per atti leciti”* e l'aggiudicatario può al più ottenere il rimborso delle spese documentate di partecipazione alla gara, mentre non può pretendere nulla in relazione al contratto (in quanto non stipulato e, men che meno, approvato).

Con detta clausola di esonero, pertanto, le scriventi Amministrazioni hanno inteso richiamare l'attenzione sul fatto che non possa essere esclusa una revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuto definanziamento dell'opera.

Purtuttavia, questo Provveditorato e il Comune di S.Alessio Siculo a breve chiariranno i termini del bando e del disciplinare di gara al fine di spiegare il significato e la portata delle citate disposizioni.

Tutto ciò premesso e ritenuto,

il Provveditorato alle Opere Pubbliche Sicilia-Calabria e il Comune di S.Alessio Siculo, in merito alla nota ANCE del 24 ottobre 2016:

- non interverranno riguardo le prescrizioni dei bandi e disciplinari di gara che attribuiscono un punteggio massimo di 20/100 in caso di impegno all'esecuzione di lavorazioni non previste nel progetto esecutivo posto a base di gara;
- renderanno in forma pubblica alle Imprese chiarimenti riguardo l'anticipazione da corrispondersi ai sensi dell'art. 35 c. 18 D.lgs. 50/2016 e la clausola di esonero della responsabilità in caso di mancato finanziamento dell'opera.

Il Dirigente Amministrativo
(Dott. Donatello Puliatti)



Il Provveditore
(Dott. Ing. Donato Carlea)

