

Prot. n.: 108/2015

ALL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE
UFFICIO PRECONTENZIOSO E AA. GG.
c/o Galleria Sciarra
Via M. Minghetti, 10

00187 Roma

Indirizzo pec: protocollo@pec.anticorruzione.it

Palermo, 22 aprile 2015

Oggetto: **ISTANZA DI PARERE PER LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE EX
ARTICOLO 6, COMMA 7, LETTERA N) DEL D. LGS. N. 163/2006**

Oggetto dell'affidamento (barrare quella di riferimento)

Settori speciali **X**

Lavori **X**

1. Soggetti richiedenti

Istanza presentata singolarmente (Associazione di categoria):

denominazione dell'istante: **ANCE SICILIA - Collegio Regionale Costruttori Edili Siciliani**", di seguito denominato per brevità "ANCE Sicilia", in persona del Presidente, quale legale rappresentante pro-tempore, Geom. Salvatore Ferlito (persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente). L'ANCE Sicilia è aderente alla Federazione degli Industriali della Sicilia, di seguito denominata per brevità "Confindustria Sicilia"

indirizzo: Via Alessandro Volta, 44;

recapiti: TF 091-333114; FAX 091-6193528; P.E.: info@ancesicilia.it

P.E.C.: ance.sicilia@pec.ance.it

Si precisa, come richiesto dall'art. 2 del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie di codesta Autorità, che: a) la scrivente Ance Sicilia, ai sensi dell'articolo 2, primo comma del proprio Statuto (all. n. 1), assume la rappresentanza regionale della Categoria imprenditoriale inquadrata a livello nazionale nell'A.N.C.E. e svolge le proprie funzioni per alcuni dei seguenti scopi:

a) esamina, tratta e coordina i problemi della Categoria a livello regionale, assume le decisioni che di volta in volta si rendono opportune ed interviene presso le Autorità, Enti ed Amministrazioni per la soluzione dei problemi stessi;

b) effettua il coordinamento degli interessi territoriali della categoria ai fini della loro espressione unitaria nei rapporti con gli organismi esterni a livello regionale.

Nello svolgimento della propria attività l'ANCE Sicilia è tenuta a conformare le proprie azioni alle direttive generali dell'A.N.C.E.

Dal ruolo istituzionale dell'ANCE Sicilia è possibile evincere che la stessa agisce per la tutela degli interessi individuali degli iscritti univocamente ivi rappresentati, come per le questioni di fatto e di diritto che in appresso saranno trattate,

2. Eventuale contro interessato (stazione appaltante):

Soggetto: **AUTORITÀ PORTUALE DI AUGUSTA** (prov. Siracusa), C/da Punta Cugno, c/o Porto commerciale di Augusta Edificio Ed 1, cap 96011 Augusta(SR)

Tel: +39 0931.971245

Fax: +39 0931.523652-

Legale rappresentante: Commissario Straordinario Avv. Alberto Cozzo -

P.E.: commissario@portoaugusta.it

P.E.C.: portoaugusta@pec.it

RESPONSABILE UNICO PROCEDIMENTO: Geom. Venerando Toscano

P.E.: info@portoaugusta.it

3. Pendenza di giudizio: l'istante è tenuto a comunicare se sulla procedura di gara in esame risulta pendente un ricorso innanzi all'autorità giudiziaria.

NO **X**

4. Individuazione dell'intervento:

4.1 Tipologia dell'affidamento: Appalto di lavori pubblici relativo ai settori speciali, come definiti dalla parte III D.L.gs. n. 163/06 **X**

4.2 Procedura di scelta del concorrente: Procedura aperta **X**

4.3 Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa **X**

4.4 Oggetto dell'appalto: **APPALTO PER SOLA REALIZZAZIONE DI NUOVI PIAZZALI ATTREZZATI NEL PORTO COMMERCIALE I° STRALCIO FUNZIONALE**

Eventuale suddivisione in lotti: NO

Data di pubblicazione del bando nella G.U.R.I. 6 marzo 2015, nella G.U.C.E. 28 febbraio 2015. A seguito di rettifica pubblicato avviso nella G.U.C.E. del 4 aprile 2015.

Termine ultimo per la presentazione delle offerte: prima 14 aprile, poi prorogato all'8 maggio 2015.

Importo totale dei lavori: **€ 23.058.739,54** + i.v.a. Di cui: € 21.886.455,48 quale importo a base di gara a corpo ed € 1.172.281,06 quali oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Nome del responsabile procedimento: Geom. Venerando Toscano (recapiti come sopra indicati)

CIG: 6115246CA1 GARA N: 5921410

4.5 Fase attuale dell'appalto: Bando di gara **x**

5. Oggetto della richiesta e rappresentazione delle posizioni della parte istante:

A seguito di pubblicazione del bando de quo (all. n. 2), in data 18 marzo scorso, l'Ance Siracusa (di concerto con la scrivente Ance Sicilia), ha inviato alla stazione appaltante

Autorità Portuale di Augusta la nota prot. n. 149 (all. n. 3), con la quale sono state rilevate alcune inesattezze contenute nel bando, e precisamente:

1) indicazione della categoria prevalente individuata nel bando con la cat. OG 7 (brevemente “opere marittime”) anziché la cat. OG 3 (brevemente “opere stradali”);

2) riguardo alla cat. OG 10, il relativo importo è indicato come rientrante nella class. IV bis, anziché nella class. IV ;

3) riguardo alle opere impiantistiche previste ovverosia “impianto antincendio”, è prevista nel bando la cat. OG 11; anziché far rientrare la relativa lavorazione nella cat. OG6;

4) ai sensi dell'art. 61 c. 6 DPR n. 207/'10, è richiesto quale ulteriore requisito di qualificazione, la dimostrazione di aver realizzato nell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, una cifra d'affari non inferiore a tre volte l'importo complessivo dell'appalto; anziché richiedere la dimostrazione di una cifra d'affari non inferiore a due virgola cinque volte relativamente al periodo documentabile dei “migliori cinque anni del decennio antecedente la data di pubblicazione del bando” come prescritto dal combinato disposto art. 61 c. 6 e art. 357 c. 19 bis DPR n. 207/'10.

L'Autorità Portuale di Augusta, in data 31 marzo ha riscontrato la suddetta nota con lettera prot. n. 2939 (all. n. 4) condividendo le osservazioni formulate dall'Ance Siracusa **esclusivamente per i suddetti punti 2, 3 e 4**. Invero, l'ente appaltante riguardo al suddetto punto 1), ha confermato la riferibilità delle lavorazioni prevalenti alla categoria OG 7 in quanto la stessa sembra riconducibile “alla classificazione eseguita dal progettista dell'opera...che risulta condivisibile in considerazione della specificità dei luoghi, della destinazione funzionale dell'opera, nonché della contiguità con altri piazzali a servizio del porto...”.

Conseguentemente, l'ente ha pubblicato nel sito istituzionale l'avviso di rettifica (all. n. 5, erroneamente denominato “errata corrige”) e il nuovo bando e disciplinare rettificati come sopra (all. n. 6), prorogando i termini di consegna offerte all'8 maggio 2015.

In data 1 aprile scorso, l'Ance Catania (di concerto con la scrivente Ance Sicilia), avendo rilevato che una ulteriore clausola contenuta nel bando e nel disciplinare appare viziata da illegittimità, ha inoltrato all'Autorità Portuale di Augusta la nota prot. n. 30 (all. n. 7). Segnatamente, la sezione territoriale di Catania, ha eccepito la illegittimità della clausole III.2.2 del bando e pag. 22 del disciplinare, laddove sono richiesti specifici requisiti di qualificazione dei progettisti come se si trattasse di appalto di progettazione ed esecuzione (art. 168 e 169 DPR n. 207/'10), anziché come nel caso in specie di appalto “di sola esecuzione”.

La stazione appaltante non ha dato risposta diretta all'Ance Catania, bensì ha pubblicato nel proprio sito “quesiti e risposte” (all. n. 8) nel cui documento al “quesito n. 1” ribadisce quanto contrariamente eccepito dall'Ance Siracusa (la categoria prevalente è la cat. OG 7 e non OG 3) e al “quesito n. 2” ribadisce quanto contrariamente eccepito dall'Ance Catania (i requisiti di qualificazione richiesti per il progettista sono confermati totalmente come indicati nel bando e le spese di progettazione sono a totale carico dell'impresa), continuando ad equivocare sull'oggetto del bando che non è di “progettazione ed esecuzione” bensì di “sola esecuzione”, e sulle soluzioni migliorative che possono indicare i concorrenti che non sono varianti migliorative.

Ciò premesso e considerato la notevole importanza dell'opera da realizzare sia dal punto di vista economico (importo appalto € 23 mln circa) che strategico, si sottopongono all'esame di codesta Autorità Nazionale Anticorruzione le seguenti questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara in esame, chiedendo il vs. autorevole Parere.

A) Legittimità o meno della indicazione quale categoria prevalente della cat. OG 7 anziché cat. OG 3.

L'oggetto dell'appalto è la sola "realizzazione di nuovi piazzali attrezzati nel Porto Commerciale di Augusta I° Stralcio funzionale".

Gli interventi previsti nel progetto in appalto, così come riportato nella relazione tecnica (All. n. 10) riguardano:

- Acquisizione di nuova area di circa mq 174.000,00 rispetto ai mq 366.000 del progetto definitivo generale a servizio del porto commerciale, della quale se ne prevedono 87.000,00 mq attrezzati;
- Opere di bonifica bellica scavi e riempimenti
- Realizzazione di pavimentazione delle varie aree dei piazzali;
- Realizzazione di tutti gli impianti (rete elettrica, antincendio, fognaria acque bianche) per la completa operatività portuale;
- Realizzazione di opere di contenimento in terra rinforzata (terramesh);
- Recinzione delle aree portuali e varchi;
- Opere di mitigazione
- Opere di monitoraggio;

Le suddette lavorazioni risultano di fatto un ampliamento del retroterra funzionale al traffico del molo container e ricadono a tergo dei piazzali già esistenti, come si evince dalla seguente immagine.



Ove sono riportati:

- In grigio scuro le opere esistenti e funzionali;
- In rosa le opere oggetto dell'appalto in corso
- In giallo le opere di ampliamento future
- In grigio chiaro il mare

Le lavorazioni oggetto dell'appalto fra l'altro non sono neanche prospicienti specchi d'acqua, tanto che le opere più vicine si trovano a circa 80,00 m dal mare e quelle più lontane ad oltre 220,00 m come si evince dalla seguente immagine ripresa da Google Earth:



Tutti gli interventi previsti nel progetto in appalto sono riconducibili ad usuali opere di costruzioni di piazzali ove la realizzazione di pavimentazione incide per circa il 70% del valore a base di gara.

La realizzazione di pavimentazioni è tipica della categoria di Opere Generali OG 3 di cui all'Allegato A del DPR 207/2010 che prevede nella sua declaratoria sia "pavimentazioni speciali" sia "pavimentazioni realizzate con materiali particolari, naturali ed artificiali", lavorazioni queste assolutamente non previste nella declaratoria della categoria Opere Generali OG 7 espressamente e incomprensibilmente richiesta dal bando.

Fra l'altro non è richiesta e non è necessario l'utilizzo di mezzi e attrezzature specifiche, normali ed essenziali in caso di lavori prettamente marittimi.

Difatti la Categoria Generale OG 7 è prevista per “la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi puntuali comunque realizzati, in acque dolci e salate..”.

Per quanto espresso prima si ritiene quindi assolutamente ingiustificata e illegittima la richiesta della categoria di Opere Generali OG 7 che comporterebbe per di più un elemento limitativo della concorrenza, a discapito della Pubblica Amministrazione, poiché la predetta categoria è in possesso di un numero eccessivamente limitato di imprese.

B) Legittimità o meno della richiesta dei requisiti di qualificazione per il progettista

*Nella clausola III.2.2. bando e a pag. 22 disciplinare, si legge che trattandosi di appalto per il quale sono consentite “varianti migliorative” al progetto ex art. 76 D.lgs. n. 163/’06, oltre agli ordinari requisiti per l’esecuzione sono richiesti ai partecipanti requisiti di progettazione come indicati nel bando e disciplinare, richiedendosi a pena di esclusione che gli elaborati tecnici per l’offerta economicamente più vantaggiosa siano sottoscritti unitamente all’impresa concorrente, da professionisti abilitati e muniti di alcuni requisiti di qualificazione indicati nell’art. 92 c. 6 D.P.R. n. 207/’10 ed esplicitati con modifiche nel nuovo bando e disciplinare (come sopra all. n. 6). L’Ance Catania ha osservato che tale ultima disposizione, prescrive i requisiti che devono possedere i progettisti nel caso di appalto integrato (art. 53 c. 3 D.lgs. n. 163/’06), cioè di appalto avente ad oggetto a carico dell’aggiudicatario la progettazione esecutiva e la realizzazione dell’opera. Tant’è che i requisiti per la qualificazione dei progettisti, ai sensi di legge, sono proporzionati all’importo delle spese di progettazione esecutiva, spese che devono essere indicate nel bando di gara. Ora, nel caso in specie, **l’oggetto delle obbligazioni contrattuali di cui al bando in oggetto riguardano esclusivamente la realizzazione di un’opera** (piazze nel porto di Augusta), il cui progetto esecutivo è già stato predisposto dall’ente appaltante (come dichiarato anche nella clausola II.1.2 bando), per cui l’appalto in oggetto rappresenta un **appalto di sola esecuzione**.*

Conseguentemente, si osserva che prescrivere nel bando, a pena d’esclusione, requisiti di qualificazione dei progettisti senza che ne esistano i presupposti di legge, si traduce in una forma di limitazione ingiustificata di partecipazione alla procedura di affidamento dell’opera pubblica.

Altresì, la circostanza che l’impresa possa proporre soluzioni migliorative al progetto esecutivo (e non, come scritto nel bando, “varianti migliorative” ex art. 76 D.lgs. n. 163/’06) attiene all’applicazione del criterio di aggiudicazione ovvero sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per determinare la quale codesto ente appaltante ha indicato degli elementi di valutazione con i relativi punteggi come prescritto dall’art. 83 d.lgs. n. 163/’06 e art. 120 DPR n. 207/’10. Leggiamo, infatti nel bando in oggetto, che l’ente indica quali elementi per la valutazione dell’offerta più vantaggiosa, le “migliorie sulla cantierizzazione, sul valore tecnico e qualitativo e sulla manutenzione dell’opera”, che rappresentano chiaramente delle soluzioni o variazioni migliorative e non delle varianti migliorative.

Invero, da orientamento giurisprudenziale univoco, si evince che le “varianti migliorative” ex art. 76 D.lgs. n. 163/’06 sono cosa diversa dalle “soluzioni o variazioni migliorative” ex art. 83 da proporre nell’offerta economicamente più vantaggiosa, come nel bando de quo. Invero, le prime (art. 76) si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l’individuazione dei relativi requisiti minimi

che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla P.A.; diversamente le seconde (art. 83) possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione tecnica della P.A., rimanendo preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali essenziali già stabilite dall'Amministrazione (Sent. Consiglio di Stato 27/3/2015 n. 1601; Cons. Stato 9/9/2014 n. 4578; TAR Napoli 2/4/2015 n. 1978 e TAR Milano 3/12/2013 n. 2681 – stralcio e massime all. n. 9).

Concludendo, la motivazione della richiesta di requisiti del progettista (che a pena d'esclusione dovrebbe firmare gli elaborati tecnici presentati dal concorrente) pertinente, secondo l'Autorità Portuale di Augusta, alle fantomatiche "varianti migliorative" ex art. 76, appare assolutamente infondata, inconferente e, conseguentemente, rappresenta una scelta arbitraria dell'ente appaltante che limita ingiustificatamente la partecipazione alla gara d'appalto.

6. Eventuale richiesta di audizione: NO X

7. Elenco dei documenti allegati:

- 1) Statuto ANCE SICILIA approvato il 07 ottobre 2014
- 2) Bando e disciplinare di gara e 1^ errata corrige del 06 marzo 2015
- 3) Nota prot. 149 del 18 marzo 2015 di ANCE Siracusa
- 4) Nota prot. 2939 del 31 marzo 2015 dell'Autorità portuale di Augusta
- 5) Errata corrige n. 2 (avviso di rettifica) del 02 aprile 2015
- 6) Bando di gara e disciplinare di gara rettificato
- 7) Nota prot. 30 del 01 aprile 2015
- 8) FAQ aggiornate al 01 aprile 2014
- 9) Massime orientamento giurisprudenziale
- 10) Stralcio relazione tecnica progetto esecutivo

IL PRESIDENTE
Salvp Ferlito

