

**ISTANZA DI PRECONTENZIOSO
MEMORIA**

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Provveditorato Interregionale per le OO.PP. Sicilia e Calabria, (d'ora in poi stazione appaltante), ha indetto le seguenti due procedure aperte ai sensi dell'art. 60 D.lgs. n. 50/2016 con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 comma 6 D.lgs. n. 50/2016:

N. 1) Interventi 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 (prov. di Messina). CIG 68148911F6. Termine consegna offerte e gara: 14 e 15 novembre poi successivamente prorogato al 17 e 18 novembre 2016.

Importo complessivo: € 1.066.614,73.

R.U.P. Geom: Valentino Smirollo. Dirigente del Provveditorato OO.PP.: Dott. Donatello Puliatti

Bando, disciplinare e proroga termini: Allegato n. 1

N. 2) Lavori realizzazione nuova caserma dei Carabinieri presso l'area comunale in c.da Ramo da destinare a sede della compagnia dei Carabinieri di Partinico (prov. Palermo).

CIG: 68244599B7. Termine consegna offerte e gara: 14 e 15 novembre poi successivamente prorogato al 17 e 18 novembre 2016.

Importo complessivo: € 3.750.000.

R.U.P. : Ing. Mario della Corte. Dirigente del Provveditorato OO.PP. Dott. Donatello Puliatti.

Bando, disciplinare e proroga termini: Allegato n. 2

In data 24 ottobre 2016, l'ANCE Palermo ha inviato la nota prot. 446 (all. n. 3), contestando l'attribuzione di un punteggio (20/100) a un elemento delle rispettive offerte tecniche presentate dagli operatori economici concorrenti alle procedure di cui sopra. Segnatamente:

Nella procedura n. 1 (interventi mitigazione rischio esondazione torrente Agrò), attribuzione di punti 20/100 qualora l'operatore economico si impegni a scavare e stendere, oltre a quello previsto in progetto esecutivo m³ 107.500, un numero determinato di m³ (max 12.500) di materiale sabbioso/ghiaioso provenienti dagli scavi sul torrente. Lavorazione ulteriore che non sarà remunerata.

Nella procedura n. 2 (lavori caserma Carabinieri di Partinico), attribuzione di punti 20/100 qualora l'operatore economico si impegni a eseguire i lavori di completamento delle camerate, non previsti nel progetto esecutivo e, quindi non remunerati.

L'ente appaltante, ha risposto con nota prot. 0021815 dell'8 novembre 2016 (all. n. 4).

Le mentovate prescrizioni, come contestato con lett. Prot. n. 446/2016 (all. 3), si ritengono illegittime, 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 ed organizzative (consentite dalla legge) che devono essere coerenti al progetto a base di gara.

Gli elementi sui quali gli offerenti sarebbero chiamati ad esprimersi integrerebbero, piuttosto, la modifica (*rectius*: l'estensione arbitraria) dell'oggetto del contratto, quest'ultimo perciò trasformandosi in guisa tale da porsi come del tutto alternativo a quello ideato dalla stazione appaltante, sì che il principio premiante l'offerta tecnica si convertirebbe in un malcelato finanziamento dell'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.

Un precedente analogo è da rinvenirsi nella fattispecie oggetto della sentenza del TAR Puglia Sez. Lecce 29 luglio 2014 n. 2026 (All. n. 5)

Sul tema, soccorrono in aiuto le **linee guida n. 2 concernenti "offerta economicamente più vantaggiosa"**, adottate dall'A.N.A.C. (che ci legge), a seguito del parere del Consiglio di Stato, con delibera del 21 settembre 2016 n. 1005. In tale atto di indirizzo, l'ANAC ribadendo quanto già affermato in precedenti atti, sottolinea come l'art. 95 c. 6 D.lgs. n. 50/2016 prescriva che l'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi ed altri, nell'ambito dei quali a titolo esemplificativo sono indicati dalla norma: pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, caratteristiche innovative, evidentemente pertinenti la concreta possibilità di innescare tramite la concorrenza miglorie progettuali che non possono che fare riferimento al precipuo oggetto della progettazione non di certo alla possibilità, neppure analogica, connessa alla "esecuzione di ulteriori lavorazioni rispetto al progetto esecutivo a base di gara" (denunciato elemento contenuto nei bandi in esame).

Invero, rammenta l'ANAC, le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei ad evidenziare **le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante**, e, quindi, si dovrebbe "**... attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara**".

In un altro passaggio delle linee guida n. 2, l'ANAC osserva come "*i criteri devono consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori così vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo...*".

Nel caso specifico del bando n. 1 (Interventi mitigazione rischio esondazione del torrente Agrò presso il Comune di S. Alessio), visto il criterio matematico di attribuzione del punteggio al fattore tempo (max 40 punti al tempo di esecuzione minimo pari a 145 gg.), e alle ulteriori lavorazioni di scavi e stenditura (max 20 punti per il massimo ulteriore scavo pari a m³ 12.500), appare concreto il rischio di convertire la procedura concorsuale in offerta economica al massimo ribasso del prezzo, posto l'evidente appiattimento dei valori cui i concorrenti sarebbero naturalmente indotti nel formulare sia il tempo minimo che l'impegno a realizzare le ulteriori lavorazioni. Con ciò vanificando l'obiettivo di ricercare il miglior rapporto prezzo/qualità, diventato "massimo ribasso".

Dall'esame della risposta dell'ente appaltante (all. 4) si rileva che, se da un lato si sottolinea l'ineludibile *principio di intangibilità del progetto esecutivo della stazione appaltante* quale corollario del divieto di appalto integrato introdotto dalla novella legislativa di cui al D.lgs. n. 50/2016 art. 59, dall'altro il committente candidamente osserva che se il concorrente (n.d.r. *al fine di conseguire punti 20/100*) si impegnasse ad effettuare ulteriori lavorazioni (scavi e stenditura nel caso dei lavori presso il Comune di S. Alessio; costruzioni camerate per i Carabinieri nel caso dei lavori a Partinico), presenterebbe un ribasso minore rispetto a quello che presenterebbe se invece non si impegnasse ad eseguire le suddette lavorazioni ulteriori, in tal modo "*il concorrente valuterebbe se la propria capacità tecnico-professionale gli consente di assumere detto impegno supplementare*".

Appare evidente la contraddizione in cui cade l'ente appaltante, il quale altresì confonde il ruolo del dominus committente che progetta sino a rendere "cantierabile" l'idea progettuale sotto l'egida, tra l'altro, dell'interesse pubblico, della qualità architettonica e tecnico/funzionale, nel rispetto delle norme ambientali, dei vincoli idrogeologici, sismici, risparmio energetico (art. 23 D.lgs. n. 50/2016), con il ruolo dell'operatore economico che esegue, realizza l'opera pubblica in base al progetto esecutivo a base di gara, semmai avendo proposto in sede di offerta tecnica solo dei miglioramenti rispetto a quanto previsto a base di gara, senza alcun onere per il committente.

Infine, si osserva che la sentenza del Consiglio di Stato n. 1601/2015 (all. 6) citata dalla stazione appaltante quale orientamento giurisprudenziale maggioritario (*sic!*), ammette senz'altro le cd. "varianti migliorative" riguardanti le modalità esecutive dell'opera purché non si traducano in una diversa ideazione o alternativa realizzazione rispetto al progetto a base di gara voluto dalla P.A. ed in ogni caso, la fattispecie in esame dai giudici amministrativi concerneva una procedura di appalto concorso overosia sul progetto preliminare posto a base di gara i concorrenti dovevano presentare un progetto definitivo (v. Sent. TAR Puglia n. 3120/2014 – all. 7).

Con riferimento alle ulteriori due anomalie (anticipazione sull'importo contrattuale e clausola di esonero di responsabilità dell'ente in caso di mancato finanziamento dell'opera), presenti in entrambi i bandi e rilevate sempre nella nota dell'ANCE Palermo n. 446 del 24 ottobre u.s., si rimanda a quanto esposto nella medesima nota, alla risposta dell'ente appaltante e alle note di chiarimenti fornite dallo stesso (all. 8 e 9).

Tutto ciò premesso, si richiede un intervento di codesta spettabile Autorità, affinché:

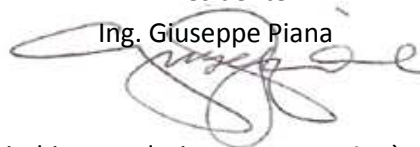
- Esprima, ai sensi dell'art. 211 c. 1 D.lgs. n. 50/2016, un parere vincolante sulla questione descritta, al fine di confermare la sussistenza dei vizi di legittimità evidenziati;
- Adotti, se ritenuto opportuno, ai sensi dell'art. 211, c. 2 D.lgs. n. 50/2016, specifico atto di raccomandazione, nei confronti dell'ente appaltante, invitandola a provvedere in autotutela, all'annullamento delle procedure in oggetto.

Distinti saluti.

Catania, 15 novembre 2016

Il Presidente

Ing. Giuseppe Piana



Allegati:

1. Bando, disciplinare e avviso di proroga "lavori mitigazione rischio esondazione torrente Agrò nel Comune di S. Alessio (prov. Messina)";
2. Bando, disciplinare e avviso di proroga "lavori realizzazione caserma Carabinieri nel Comune di Partinico (prov. Palermo)";
3. Lettera ANCE Palermo prot. N. 446 del 24 ottobre 2016;
4. Lett. risposta Min. Infrastrutture – Provv. OO.PP. Sicilia-Calabria prot. 0021815 del 8.11.2016;
5. Sentenza TAR Puglia, sez. II Lecce 29 luglio 2014 n. 2026;
6. Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2015 n. 1601;
7. Sentenza TAR Puglia, sez. II Lecce 18 dicembre 2014 n. 3120;
8. Chiarimenti bando n. 1 (lavori mitigazione rischio esondazione – S. Alessio);
9. Chiarimenti bando n. 2 (lavori caserma carabinieri – Partinico)