Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Pareri

Spett.le ANCE
PEC: ance.presidenza@pec.ance.it

Spett.le Ente Autonomo Fiere di Foggia
PEC: fierafoggia@pec.it

Rif. da citare nella risposta «PREC 43/17/L -

Oggetto: Istanza presentata dall' ANCE - Procedura aperta per nuove infrastrutture per la mobilità a servizio del quartiere fieristico di Foggia. Leggi n. 350/2003 e n. 311/2004. Importo a base di gara euro: 13.718.227,72. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Ente Autonomo Fiere di Foggia.

Autorità Nazionale Anticorruzione
Prot. **Uscita del 16/03/2017**
Numero: **0040883**
Ufficio: **SG - UPAG Ufficio Precontenzionso e Pareri**

Si comunica che in data 1/3/2017 il Consiglio dell'Autorità ha approvato la delibera N. 222, che si allega in copia.

Ai sensi dell'art. 13 del Regolamento del 5 ottobre 2016 per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si invitano le parti in indirizzo a voler far conoscere le proprie determinazioni conseguenti alla predetta pronuncia (proposizione di ricorso, provvedimenti assunti, acquiescienza), entro 35 giorni dal ricevimento della presente comunicazione.

Si evidenzia che, nel caso di omissione o non veridicità delle comunicazioni rese ai sensi del sopra citato articolo 13, si applica l'art. 213, comma 13 del d.lgs. 50/2016 con trasmissione dei relativi atti all'ufficio dell'Autorità competente per l'applicazione delle sanzioni.

Il Dirigente
Maria Luisa Chimenti

Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 222 **DEL** 1 MARZO 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dall'Ance – Lavori per la realizzazione di nuove infrastrutture per la mobilità a servizio del quartiere fieristico di Foggia – Importo a base di gara: euro 13.718.227,72 - S.A. Ente Autonomo Fiere di Foggia
PREC 43/17/L

Criteri di valutazione dell'offerta – criteri ambientali minimi (CAM) – varianti - validazione del progetto esecutivo
Le varianti migliorative recanti i criteri ambientali minimi, richieste quali criteri di valutazione dell'offerta, devono essere rapportate a un progetto già elaborato nel rispetto dei CAM.
Le varianti richieste dal bando devono avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo. I criteri di valutazione di tali varianti devono tener conto delle risultanze delle varie fasi di progettazione ed essere finalizzate a stimolare il miglioramento del bene o del servizio.
La validazione si basa sul rapporto conclusivo che il soggetto preposto alla verifica deve redigere e sulle eventuali controdeduzioni del progettista.
Artt. 26, 34 e 95 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 191443 del 27 dicembre 2016, l'Ance lamenta la presunta illegittimità della previsione recata dal disciplinare della gara in oggetto che contempla, fra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, l'adeguamento del progetto esecutivo ai criteri ambientali minimi (c.d. CAM).
L'Ance rappresenta, in particolare, che il progetto esecutivo in questione è stato redatto precedentemente all'entrata in vigore dei CAM per l'Edilizia, adottati con decreto del Ministero dell'Ambiente e Tutela del Territorio del 24 dicembre 2015. Successivamente, anche il nuovo Codice dei contratti d.lgs. 50/2016 ha previsto che le stazioni appaltanti dovranno indicare, nella documentazione progettuale e di gara, almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali indicate nei CAM (art. 34, co. 1), ed essi potranno essere tenuti in considerazione anche ai fini dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
Nel caso di specie, l'Ance rileva che, come emerge dal disciplinare, la progettazione esecutiva delle opere in questione non è stata realizzata in conformità ai CAM e pertanto contesta che venga ora

Via M. Minghetti, 10 - 00187 Roma

richiesto all'operatore economico di inserire, in sede di varianti migliorative all'offerta, specifiche tecniche CAM.
Ulteriore perplessità manifestata dall'Ance riguarda la richiesta al concorrente di impegnare il tecnico sottoscrittore degli elaborati al compimento delle operazioni di verifica in sede di validazione del progetto esecutivo, attività che appare incompatibile con quella di progettazione e che dovrebbe rimanere in capo alla S.A.
Con memoria acquisita al prot. 23072 del 13 febbraio 2017, l'Ente Autonomo Fiere di Foggia evidenzia che il progetto esecutivo in questione era stato approvato nel 2007 e, dopo le vicende che avevano portato alla risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento con il primo appaltatore, aveva conferito nel 2011 incarico per l'adeguamento del progetto stesso, approvato con determinazione dirigenziale del 4 marzo 2015. In conseguenza poi dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, i progettisti procedevano a un ulteriore adeguamento del progetto al predetto d.lgs. 50/2016 e il Commissario Straordinario approvava in data 11 ottobre 2016 sia il progetto sia il bando e il disciplinare di gara.
In ordine alla specifica questione dell'obbligo di adeguamento o meno del progetto esecutivo ai CAM, l'Ente riferisce di aver posto apposito quesito al competente Ministero dell'Ambiente, il quale comunicava che «se il progetto esecutivo è già stato approvato, i CAM non si applicano in quanto la norma non è retroattiva. Per cui ogni progetto validato/approvato prima della pubblicazione dei CAM edilizia in G.U. 21 gennaio 2016 è salvo».
Infine, la S.A. specifica di aver voluto dare comunque la possibilità ai concorrenti di recepire, laddove ritenuto, alcuni dei suddetti criteri nell'ambito delle migliorie qualitative all'offerta. Comunica altresì che risultano pervenute 23 offerte e il 12 gennaio 2017 si è tenuta la prima seduta pubblica.
L'attività della Commissione è attualmente sospesa in attesa del parere dell'Autorità.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità dell'inserimento, fra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (punto 1), dei "Criteri ambientali minimi" (c.d. CAM) ai fini dell'adeguamento del progetto esecutivo, con attribuzione di un punteggio massimo di 30 punti.
Il Disciplinare della gara in oggetto specifica che il progetto delle opere è stato approvato prima dell'entrata in vigore del d.m. 24 dicembre 2015 e «ciò nonostante l'Amministrazione appaltante ritiene particolarmente qualificante, in considerazione della valenza dell'opera, un adeguamento, ancorchè parziale, al richiamato decreto relativamente ai sub criteri di seguito specificati». Seguono le singole voci ritenute a tal fine meritevoli di punteggio (fotovoltaico; raccolta, depurazione e riuso delle acque meteoriche; pitture e vernici conformi a criteri ecologici; impianti di illuminazione con utilizzo di sistemi a basso consumo energetico; impianti di riscaldamento e condizionamento conformi a criteri ecologici e interventi di miglioramento dell'efficienza energetica).

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

Il citato d.m. 24 dicembre 2015 adotta i criteri ambientali minimi per "l'affidamento del servizio progettazione per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e per la progettazione e gestione del cantiere".

L'allegato 1 al predetto decreto, aggiornato con d.m. 11 gennaio 2017, dispone nella Premessa che «le stazioni appaltanti inseriscono nei documenti di gara tutte le specifiche tecniche e le clausole contrattuali definite nel presente documento», ed inoltre che «il presente documento è da tenere in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Esso specifica poi che «la presenza di requisiti ambientali dovrebbe essere segnalata fin dalla descrizione stessa dell'oggetto dell'appalto». Quali indicazioni generali per la stazione appaltante viene poi stabilito che «qualora la realizzazione dei lavori venga affidata separatamente dalla progettazione, per evitare modifiche non coerenti con quest'ultima, è necessario che la pubblica amministrazione indichi esplicitamente nel bando di gara o nei documenti di affidamento che sono ammesse solo varianti migliorative rispetto al progetto oggetto dell'affidamento nel rispetto dei CAM, ossia che la variante preveda prestazioni superiori rispetto al progetto approvato».

La normativa ambientale in argomento è stata richiamata anche dal nuovo codice degli appalti. Infatti l'art. 34 del d.lgs. 50/2016 prevede al comma 1 che «Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare [...]. Il comma 2 stabilisce inoltre che «I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1 sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6».

Ciò premesso si osserva che, nel caso di specie, i criteri ambientali minimi risultano essere stati previsti ai fini dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali varianti migliorative ai fini dell'adeguamento del progetto.

Tuttavia l'Ance rileva che il progetto posto a base di gara, essendo di livello esecutivo, «doveva già necessariamente contenere, ai sensi dell'art. 34 del Codice, tutte le informazioni e le specifiche tecniche relative ai CAM», e quindi recare un'impostazione "ambientale"; osserva inoltre che le varianti progettuali in sede di offerta dovrebbero essere «volte unicamente a migliorare i livelli prestazionali che, anche in misura minima, siano stati già previsti a livello progettuale».

In linea generale è opportuno rammentare che la correttezza del progetto assume nell'ordinamento dei lavori pubblici un'importanza primaria e comporta elevati riflessi sotto molteplici profili: influenza il contenuto del bando di gara, la qualificazione dei concorrenti, i sistemi di realizzazione dei lavori pubblici, i sistemi di scelta del contraente, i criteri di aggiudicazione, le varianti, il contenzioso nella fase esecutiva, i piani di sicurezza ed il subappalto, cosicché dalla corretta redazione del progetto in ogni sua articolazione dipende in gran parte l'esito positivo della realizzazione degli interventi programmati;

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

spetta alla S.A. la verifica della eseguibilità a regola d'arte di un intervento in relazione alla conformità del progetto con i vincoli di tutela insistenti sull'immobile e con le molteplici normative di settore interferenti tra loro (impianti tecnologici, sicurezza, prevenzione incendi, etc.) (Parere di precontenzioso n. 20 del 30 gennaio 2014).

Ai fini di un compiuto esame, occorre qui richiamare le Linee Guida n. 2 emanate dall'Anac, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, laddove evidenziano che "I criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante tengono anche conto dei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l'attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti (appositamente elaborate per le procedure aggiudicate sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo)".

Le medesime Linee Guida chiariscono che, ai sensi del comma 14 dell'art. 95, nei criteri di aggiudicazione basati sul miglior rapporto qualità/prezzo, il bando può prevedere la richiesta di varianti, secondo le modalità ivi descritte, e che tali varianti devono avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo. I criteri di valutazione di tali varianti devono tener conto delle risultanze delle varie fasi di progettazione ed essere finalizzate a stimolare il miglioramento del bene o del servizio.

Infine esse rammentano che il valore 100 deve poter essere ripartito tra il punteggio assegnato alla componente economica e il punteggio assegnato alla componente tecnica (inclusiva del punteggio per le varianti e del punteggio per i criteri premiali di cui al comma 13, che devono rappresentare una componente limitata del punteggio complessivo, in modo da non modificare l'oggetto dell'affidamento).

Nel caso di specie, la S.A. ha riferito che il progetto in questione è stato oggetto di adeguamenti a seguito dell'entrata in vigore del codice degli appalti, comunque successiva alla pubblicazione del d.m. 24 dicembre 2015, e che esso è stato approvato, così come adeguato, in data 11 ottobre 2016.

Tuttavia, esso non è stato adeguato alla normativa relativa ai criteri ambientali minimi, sebbene essi siano stati recepiti anche in sede di nuovo codice degli appalti (art. 34 cit.).

Suscita pertanto perplessità, nel caso di specie, la previsione, fra i criteri di valutazione dell'offerta, di criteri ambientali minimi quali "fotovoltaico" nell'ambito degli impianti di approvvigionamento energetico; impianti di riscaldamento e condizionamento conformi ai criteri ecologici nonché interventi di miglioramento dell'efficienza energetica; impianti di illuminazione interni ed esterni mediante sistemi a basso consumo energetico ed alta efficienza; raccolta, depurazione e riuso delle acque meteoriche nell'ambito dell'infrastrutturazione primaria, al fine di riutilizzare le acque meteoriche, previo trattamento, ai fini irrigui, in considerazione della rilevanza delle aree a verde circostanti. I predetti

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

elementi, infatti, non sembrano potersi configurare quali semplici "migliorie" del bene o del servizio bensì elementi che potrebbero stravolgere il progetto esecutivo già approvato qualora esso non li abbia già in qualche modo contemplati.

E' da ritenere infatti, coerentemente con quanto previsto dalla normativa di settore sopra richiamata, che le varianti migliorative richieste dovevano riferirsi a un progetto già elaborato nel rispetto dei CAM.

Appare comunque eccessivo il punteggio attribuito ai suddetti "Criteri ambientali minimi" (30 punti).

L'Ance chiede altresì se possa considerarsi legittima la previsione del disciplinare di gara per cui «il concorrente dovrà obbligarsi nei confronti della S.A. affinchè il Tecnico sottoscrittore degli elaborati venga impegnato al compimento delle operazioni di verifica da effettuare in sede di validazione del progetto esecutivo, così come integrato dalle migliorie proposte», in quanto tale clausola attribuirebbe al tecnico incaricato dell'impresa il compito di procedere alle operazioni di verifica del progetto esecutivo.

Sul punto occorre richiamare le Linee Guida n. 1 emanate dall'Anac, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", approvate con Delibera n. 973 del 14 settembre 2016, dove sono richiamati i soggetti che possono effettuare la verifica preventiva della progettazione (art. 26, comma 6 d.lgs. 50/2016) ed è specificato che «La validazione è sottoscritta dal RUP e si basa sul rapporto conclusivo che il soggetto preposto alla verifica deve redigere e sulle eventuali controdeduzioni del progettista [...] Lo svolgimento dell'attività di verifica è incompatibile con lo svolgimento, per il medesimo progetto, dell'attività di progettazione, del coordinamento della sicurezza della stessa, della direzione lavori e del collaudo (art. 26, comma 7)».

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- non essendo il progetto a base di gara stato elaborato nel rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM), non risultano conformi alla normativa di settore le varianti migliorative richieste dal disciplinare della gara in oggetto quali criteri di valutazione dell'offerta recanti tali criteri ambientali minimi;
- le operazioni di verifica del progetto sono effettuate dai soggetti di cui all'art. 26, co. 6 del d.lgs. 50/2016 e la validazione si basa sul rapporto conclusivo che il soggetto preposto alla verifica deve redigere e sulle eventuali controdeduzioni del progettista.

Raffaele Cantone

Via M. Minghetti, 10 - 00187 Roma

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2017

Il Segretario Maria Esposito

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma