



DELIBERA N.454
del 9 OTTOBRE 2024

Fasc. Anac n 2730/2024

Oggetto

CENTRO OSPEDALIERO A POLO DIDATTICO UNIVERSITARIO PADIGLIONI 14, 17 E 19 DELL'EX OSPEDALE VITTORIO EMANUELE, CATANIA - CIG: B112681A33 Importo a base di gara € 19.100.000,00. S.A: Università degli studi di Catania.

Visto il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

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 segnalazione acquisita al prot. n. 0050829 del 29/04/2024, ANCE SICILIA "Collegio Regionale dei Costruttori Edili Siciliani", contestava il criterio di aggiudicazione del minor prezzo adottato nella procedura in oggetto, rilevando in particolare la "*Violazione ed errata applicazione dell'art. 108 del nuovo Codice dei Contratti in tema di criteri di aggiudicazione. Violazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice dei contratti. Violazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, di efficacia ed economicità. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per sviamento dell'interesse pubblico*".

Considerato in fatto

Con nota prot. 066426 del 13.06.2024 l'Autorità comunicava l'avvio del procedimento istruttorio, relativamente alla procedura di gara in esame, indetta per l'importo sopra soglia di euro 19.100.000,00, ai fini della verifica della corretta applicazione della normativa in tema di contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023, in riferimento alla legittimità del criterio di aggiudicazione adottato alla luce della previsione contenuta nell'art. 108 commi 1 e s.s. del codice.

La stazione appaltante Università degli studi di Catania forniva riscontro con nota acquisita al prot. n. 075873 del 02.07.2024, contestando in primo luogo il contenuto della segnalazione in esame in merito all'utilizzo del prezzo più basso, ritenendo "*legislativamente consentito all'Amministrazione, nell'ambito del potere discrezionale riconosciutole, scegliere tra i diversi criteri quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche peculiari consentono di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo*", con richiamo ad alcune pronunce giurisprudenziali.

In merito alle motivazioni che hanno indotto ad utilizzare il criterio di aggiudicazione contestato, la stessa amministrazione ha fatto presente nella sostanza di aver *"motivato la scelta operata in quanto, essendo in possesso di un progetto esecutivo, è stata in grado di predeterminare in modo preciso l'oggetto del contratto, e non aveva interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta"*, deducendo altresì che *"la parte dei lavori relativa agli impianti, seppur economicamente rilevante, non contiene lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo, tanto è vero che la lex specialis ha previsto che la relativa categoria (OG11) possa essere interamente subappaltata"*. Infine, la S.A., a supporto delle decisioni assunte, richiamava motivi d'urgenza correlati alle tempistiche del finanziamento, rilevando in particolare che *"Un diverso modo di procedere, foriero certamente di uno sfioramento dei termini, non avrebbe consentito di raggiungere il risultato e la realizzazione dell'opera"*. Relativamente allo stato della procedura, veniva precisata l'intervenuta aggiudicazione, nonché la consegna degli stessi, in via d'urgenza, con verbale del 26/06/2024.

Considerato in diritto

Alla luce dei soprarichiamati esiti istruttori - nel rilevare preliminarmente che la procedura in esame concerne un affidamento di lavori di importo superiore alle soglie comunitarie, eccedendo i 19 milioni di euro - si conferma che nel disciplinare di gara risulta evidenziato che *"L'affidamento in oggetto avverrà mediante procedura aperta, di cui all'art. 71 del D.lgs. 36/2023 e ss.mm.ii....., mediante utilizzo del criterio del minor prezzo"*, dandosi evidenza che *"Il minor prezzo sarà determinato dal ribasso unico percentuale sull'importo posto a base di gara. Nell'ipotesi di due offerte aventi il medesimo ribasso percentuale, la stazione appaltante procederà con il sorteggio da effettuarsi tramite la piattaforma"*.

Riguardo alla legittimità dell'utilizzo del criterio di aggiudicazione in esame (minor prezzo), si evidenzia che l'art. 108, comma 1 del d.lgs. 36/2023, in relazione agli appalti sopra soglia, prevede che *"Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8, con riguardo al costo del ciclo di vita"*.

Nel successivo comma 2 è altresì previsto che *"Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo"*, richiamandosi infine il comma 3, secondo cui *"Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1"*.

Da tali previsioni ne consegue, per le procedure sopra soglia, che:

- le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo l'alternativa del "miglior rapporto qualità/prezzo", o sulla base "dell'elemento prezzo o del costo", seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia;
- sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, gli appalti elencati al comma 2 dell'art. 108



del d.lgs. 36/2023, tra cui i lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo;

- è riconosciuta la facoltà di utilizzare il minor prezzo solamente ai servizi ed alle forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.

Solo per appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'art. 50, comma 4 del nuovo codice prevede che le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso, facendo salva l'eccezione di cui all'articolo 108, comma 2 concernente le fattispecie per le quali si conferma, a prescindere dell'importo, l'utilizzo esclusivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità prezzo.

Tale ricostruzione normativa rende infondata la considerazione espressa dall'ente universitario di ritenere legislativamente riconosciuta all'amministrazione medesima la facoltà di scelta tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed il minor prezzo, anche per appalti di lavori sopra soglia europea, non potendosi riconoscere sul punto alcun margine interpretativo.

Merita sul punto richiamare la pronuncia del Consiglio di Stato (Ad. Plenaria, Sent. n. 8/2019), con riferimento alle analoghe previsioni dell'art. 95 del previgente codice, laddove – nel rilevare, con riguardo alla competizione basata sul solo prezzo, il *"rischio di ribassi eccessivi e di una compressione dei costi per l'impresa aggiudicataria che possa andare a scapito delle condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro e dei costi per la manodopera, in contrasto con gli obiettivi di coesione sociale propri dell'obiettivo di crescita inclusiva enunciato dalla Commissione europea"* – è stato rammentato che la direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici all'art. 67 ha riconosciuto al legislatore nazionale la facoltà di prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici *"non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione"* o di *"limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto"*.

Prosegue la sentenza nel riferire che, proprio in attuazione di tale margine di apprezzamento discrezionale, così attribuito al legislatore nazionale *"...il codice dei contratti pubblici ha da un lato escluso la possibilità di fare ricorso a qualsiasi criterio di aggiudicazione con a base il prezzo o il costo per i servizi previsti nel comma 3 dell'art. 95, consentendo invece per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate, ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 95, di impiegare il criterio del massimo ribasso, purché di ciò sia data adeguata motivazione"*.

Peraltro, sul punto la stessa Autorità ha avuto modo di chiarire che *"La giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609) osserva quindi che nella legislazione vigente il criterio del prezzo più basso è "circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate", nel qual caso "può prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico"*» (cfr. Delibera n. 280 del 14 giugno 2022).

Acclarata, pertanto, la mancata possibilità di fare ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo per i lavori sopra soglia, si ritengono, altresì, privi di rilevanza i richiami giurisprudenziali operati dalla Stazione appaltante, che fanno riferimento ad appalti di servizi per i quali, come analizzato, può essere ammesso, a determinate condizioni, l'utilizzo del prezzo più basso, previa adeguata motivazione, non contenendo, invero, tali pronunce alcun riferimento alla possibilità di ammettere il medesimo criterio per i lavori superiori alla soglia comunitaria.

A sostegno dell'erroneità del criterio di aggiudicazione adottato, va anche osservato, come contestato in sede di avvio del procedimento, che l'appalto comprende, tra l'altro, lavorazioni afferenti alla categoria OG11 per il significativo importo di euro 6.354.156,94. Tale opera risulterebbe pertanto caratterizzata da notevole contenuto tecnologico, aggiudicabile esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi del citato art. 108, comma 2 del codice.

A fronte di tale contestazione, la Stazione ha fornito, nella propria memoria, come sopra accennato, alcune controdeduzioni, ritenendo di escludere, per tali opere impiantistiche, il carattere del notevole contenuto tecnologico, adducendo come motivazione la circostanza che *"...la lex specialis ha previsto che la relativa categoria (OG11) possa essere interamente subappaltata"*.

Sul punto merita rilevare in primo luogo che l'art. 12 del d.l. 47/2014, convertito con modificazioni dalla l. 80/2014, che risulta ad oggi ancora vigente, annovera come *"strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del medesimo decreto con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30"*.

Tali categorie di opere, che ricomprendono espressamente la categoria OG11, coincidono, a mente della previsione dell'art. 104 comma 11 del d.lgs. 36/2023, con i c.d. lavori di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, tenuto conto che il citato articolo nella classificazione di tali lavori si riferisce espressamente a *"...strutture, impianti e opere speciali"*.

Peraltro, identiche considerazioni potrebbero essere estese anche alle categorie super-specialistiche OS21 e OS4, parimenti previste nel disciplinare prodotto in atti, per l'importo rispettivamente pari ad euro 3.934.270,68 ed euro 249.994,82.

Alla luce di quanto esposto, a fronte della predetta declaratoria, risulta ulteriormente evidente che anche la circostanza, dedotta dalla Stazione appaltante, che nel disciplinare sarebbe stata ammessa la subappaltabilità dei lavori classificati come OG11 non assume concreta rilevanza al fine di escludere il contenuto notevolmente tecnologico o di rilevante complessità tecnica di tali interventi, atteso peraltro che ad oggi, anche con riferimento alle cd. SIOS, non esistono più limiti generali e astratti al ricorso al subappalto. Come confermato dall'Autorità *"anche per le procedure di gara soggette alle disposizioni del d.lgs. 36/2023, la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella fissazione di limiti al ricorso al subappalto deve poggiare su valutazioni concrete connesse alle lavorazioni oggetto di affidamento e ciò anche quando vengano in rilievo opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali;"* (cfr. Delibera n. 25 del 17 gennaio 2024); ciò non consente di desumere alcun automatismo tra opere superspecialistiche ed inammissibilità del ricorso al subappalto.

Orbene – nel rilevare che le previsioni normative non avrebbero comunque consentito il ricorso al minor prezzo per il caso specifico – priva di rilevanza risulta la motivazione espressa dalla Stazione appaltante nella Delibera a contrarre del 21 dicembre 2023, laddove è stato precisato che è stato utilizzato *".....come criterio di aggiudicazione quello del minor prezzo, in quanto nella fattispecie (redazione progetto esecutivo) la stazione appaltante è stata già in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto e, pertanto, non ha interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, infatti, l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara sono già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. Difatti la documentazione tecnica del progetto esecutivo prescinde da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente negli allegati tecnici"*.



Anche a voler prescindere dai predetti limiti normativi, tale motivazione non risulta condivisibile, laddove - al di là della possibilità per le stazioni appaltanti di graduare, nella propria discrezionalità tecnica, l'incidenza qualitativa per la valutazione del rapporto qualità/prezzo - l'art. 108, comma 4 del d.lgs. 36/2023 prevede di valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa non solo sugli aspetti qualitativi, ma anche su quelli "ambientali o sociali" connessi all'oggetto dell'appalto.

Si richiama, a tale proposito, la previsione del comma 7 del citato articolo 108, secondo cui *"Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198"*.

Si rammenta, inoltre, che l'art. 102 prevede, tra l'altro, che *"Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni: a.... ..; c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate"* e che *"Per i fini di cui al comma 1 l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni"*, richiedendosi ai fini dell'aggiudicazione elementi di valutazione dell'offerta afferenti agli aspetti sociali, ulteriori al profilo economico, che non parrebbero adeguatamente valorizzati nella procedura in esame.

Anche sotto l'aspetto ambientale, la previsione dell'art. 57 comma 2 del Codice dispone *"l'inserimento nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica"*, con l'ulteriore precisazione che *"tali criteri, in particolare quelli premianti, 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 108, commi 4 e 5"*.

Pertanto, anche i criteri ambientali avrebbero dovuto essere valorizzati per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, potendo a tale riguardo essere previste premialità connesse sia alle soluzioni progettuali, sia con riferimento alle misure adottabili per la realizzazione del minor impatto ambientale durante l'esecuzione delle opere, come peraltro definite nei Criteri Ambientali Minimi (CAM) adottati con DM 23 giugno 2022, n. 256.

Non a caso, nella documentazione progettuale, ed in particolare nella relazione sui CAM, veniva richiesto tra l'altro, di considerare in capo all'esecutore il *"possesso di una registrazione EMAS (regolamento n. 1221/2009 sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit), in corso di validità, oppure una certificazione secondo la norma ISO14001 o secondo norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali, certificate da organismi di valutazione della conformità"*; tuttavia, tale elemento di valutazione non risulta valorizzato negli atti di gara. A conferma di tutte le considerazioni esposte, si rammenta che l'art. 107, comma 2 del codice prevede che *"La stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014"*.

Per completezza, va altresì analizzata la giustificazione fornita dalla Stazione appaltante in merito all'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo fondata su presunte ragioni di urgenza correlate

alle tempistiche del finanziamento, laddove il decreto di finanziamento, prevedeva l'obbligo di dare avvio ai lavori entro il 30/06/2024.

Anche in relazione a tale profilo va richiamata la Delibera sopra citata 280/2022, laddove si è ricordata *"la giurisprudenza secondo la quale «l'urgenza non può giustificare una deroga al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in assenza di una puntuale motivazione, atteso che il comma 4 dell'art. 95 del cod. non contempla le esigenze "acceleratorie" tra le ipotesi di deroga."* (T.A.R. Sicilia Catania, 10 dicembre 2018, n. 2335).

Da ultimo, in relazione alla necessità di valorizzare elementi ulteriori al prezzo per la selezione della migliore offerta, si richiama quanto evidenziato nella segnalazione in relazione alla possibile violazione del "principio di risultato", di cui all'art. 1 del codice, dando evidenza che il Legislatore ha codificato in tal modo i principi di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, nell'ottica del raggiungimento *"dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo"*.

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 9 ottobre 2024

DELIBERA

- di confermare la mancata conformità al codice dei contratti del criterio di aggiudicazione del minor prezzo adottato nella procedura in esame, riferita a lavori pubblici di importo superiore alla soglia comunitaria, tenuto conto che il disposto dell'art. 108, comma 3 del d.lgs. 36/2023, al di fuori degli appalti sotto soglia, limita l'utilizzo del criterio del minor prezzo ai servizi e alle forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera;
- di ritenere che l'appalto in esame, riguardante essenzialmente opere superspecialistiche caratterizzate da notevole contenuto tecnologico, risultava aggiudicabile esclusivamente secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata, ai sensi dell'art. 108, comma 2 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizzando non solo gli aspetti qualitativi, ma anche quelli ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto;
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente Delibera alla stazione appaltante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 16 ottobre 2024

Il segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente

