

Parere n.68 del 23/04/2013

PREC 277/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'a.t.i. Warex s.r.l. e A.T.P. s.r.l. *“Gara d'appalto relativa all'intervento APQ 3-87: lago Barrea lotto 2 – depuratori primari di Pescasseroli e Opi, collettamento a dep. Barrea ed ampliamento depuratore Barrea – 1° stralcio funzionale”* – importo a base d'asta di euro 3.309.500,00 – S.A.: S.A.C.A. s.p.a.

Art. 76 del Codice – appalto integrato – limiti di ammissibilità delle varianti progettuali migliorative.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 20 aprile 2012, la S.A.C.A. s.p.a. (Servizi Ambientali Centro Abruzzo) ha indetto una procedura aperta per l'appalto integrato avente ad oggetto i lavori di disinquinamento del lago di Barrea e di realizzazione dei depuratori primari a servizio dei Comuni di Pescasseroli ed Opi, di importo a base di gara pari ad euro 3.309.500,00, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In data 3 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza dell'A.T.I. Warex s.r.l. (seconda classificata con il punteggio complessivo di 60,99 p.), che contesta l'ammissione alla gara dell'A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l. (prima classificata con il punteggio complessivo di 88,94 p.).

L'A.T.I. aggiudicataria ha previsto nella propria offerta tecnica l'utilizzo di membrane MBR Siemens in polimero monolitico, in sostituzione delle membrane in materiale ceramico indicate dalla stazione appaltante nel progetto preliminare e nel capitolato speciale prestazionale allegati al bando. L'utilizzo di membrane piane di tipo polimerico, secondo il raggruppamento istante, configurerebbe una inammissibile variante alle specifiche tecniche prescritte nella *lex specialis* di gara. La commissione di gara avrebbe perciò dovuto escludere l'A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l., in applicazione dell'art. 10 del disciplinare di gara e dell'art. 76 del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, la progettazione di membrane di tipo polimerico, caratterizzate da capacità di filtrazione e costi sensibilmente inferiori rispetto alle membrane di tipo ceramico, avrebbe ingiustamente avvantaggiato l'A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l. consentendole di offrire un maggior ribasso percentuale sul corrispettivo a base di gara e di conseguire un punteggio più elevato, in violazione della *par condicio*.

Con nota in data 11 dicembre 2012, l'Autorità ha comunicato alle parti interessate l'avvio del procedimento. Con successive note in data 8 febbraio 2013 e 7 marzo 2013, l'Autorità ha richiesto alla stazione appaltante di trasmettere l'integrale documentazione di gara ed una relazione tecnica esplicativa.

La commissione giudicatrice e la controinteressata A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l. hanno inviato documenti e memorie, ribadendo la legittimità dei provvedimenti fin qui assunti.

Ritenuto in diritto

Viene richiesto il parere dell'Autorità in ordine all'ammissione dell'A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l. alla procedura aperta indetta da S.A.C.A. s.p.a. (Servizi Ambientali Centro Abruzzo), per l'affidamento della progettazione definitiva e l'esecuzione dei lavori di disinquinamento del lago di Barrea e di realizzazione dei depuratori primari a servizio dei Comuni di Pescasseroli ed Opi.

In particolare, è controversa l'ammissibilità della variante progettuale proposta dall'A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l., consistente nella previsione di membrane filtranti MBR Siemens in polimero monolitico, in luogo delle membrane piane ceramiche prescritte dal capitolato speciale prestazionale approvato dalla stazione appaltante ed allegato al disciplinare di gara.

Come è noto, l'appalto integrato di lavori si caratterizza per il fatto che non viene posto in gara un progetto esecutivo dettagliato e che si consente ai concorrenti di presentare varianti progettuali in sede di offerta, ai sensi dell'art. 76 del Codice dei contratti pubblici: quest'ultimo dispone, al secondo comma, che *"Le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate"* e, al successivo terzo comma, che *"Le stazioni appaltanti che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione"*.

Una volta che il bando abbia ammesso la possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta ai sensi dell'art. 76 del Codice, la stazione appaltante può selezionare l'appaltatore valutando, alla stregua dei canoni della discrezionalità tecnica e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il complesso delle proposte migliorative. Perché tali varianti siano ammissibili, a garanzia della *par condicio* tra i concorrenti, è necessario che non risultino alterate in misura rilevante le caratteristiche strutturali, prestazionali e funzionali dell'opera (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2012 n. 285; Id., sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1019).

In proposito, la giurisprudenza si è sforzata di elaborare alcuni criteri guida relativi alle varianti progettuali in sede di offerta: a) si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto

dall'Amministrazione; b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze dell'Amministrazione sottese alla prescrizione variata; c) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in questi termini: Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2011 n. 1925; Id., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743).

E' comunque essenziale, secondo la riferita disciplina positiva dell'art. 76 del Codice, che il bando di gara ed i relativi allegati tecnici precisino con chiarezza i confini entro i quali devono collocarsi le eventuali varianti al progetto preliminare o definitivo (art. 76, comma 3).

Nella specie, il paragrafo 10 del disciplinare di gara stabilisce che *"(...) Ai sensi dell'art. 76 del D.lgs. 163/2006 comma 2 sono ammesse varianti progettuali in sede di offerta finalizzate a miglioramenti di natura strutturale, tecnologica e/o processistica, fatto salvo il profilo di processo di cui all'art. 40 del C.S.P."*. Per quanto qui interessa, l'art. 40 del capitolato speciale prestazionale enumera schematicamente le linee di processo per il realizzando impianto di depurazione e, tra queste, al punto n. 12 prevede la *"ultrafiltrazione con membrane piane ceramiche"*.

La stazione appaltante ha così voluto prescrivere l'utilizzo di una specifica ed infungibile tipologia di membrana filtrante (in materiale ceramico), non modificabile in sede di progettazione definitiva da parte delle imprese concorrenti. E proprio in tal senso, al quesito n. 10 proposto nella fase dei chiarimenti preventivi e così formulato: *"(...) si chiede di confermare che le varianti ammesse comprendano la possibilità di utilizzare tecnologie di depurazione differenti dalla 'ultrafiltrazione con membrane piane ceramiche', che siano in grado di migliorare le prestazioni complessive dell'impianto, fatte salve la non diminuzione dei volumi delle vasche di nuova costruzione e le non dispersioni di liquami nel sottosuolo (art. 40 C.S.P. commi 2 e 3)"*, il responsabile del procedimento ha risposto negativamente, così confermando l'inderogabilità del progetto preliminare in ordine all'utilizzo di membrane ceramiche.

La previsione, da parte dell'A.T.I. prima classificata, di membrane piane di tipo polimerico in sostituzione delle membrane in materiale ceramico indicate nell'art. 40 del capitolato speciale prestazionale, sebbene non possa oggettivamente qualificarsi come un'alterazione significativa

delle caratteristiche strutturali, prestazionali e funzionali dell'opera (secondo l'interpretazione della giurisprudenza amministrativa in tema di appalto integrato, di cui si è detto), configura tuttavia un'evidente violazione dei limiti posti dalla *lex specialis* di gara in tema di ammissibilità delle varianti migliorative. La stazione appaltante ha infatti predeterminato, nell'art. 40 del capitolato allegato al bando di gara, il contenuto minimo ed imm modificabile delle linee di processo per l'impianto di depurazione, indicando al punto n. 12 l'obbligatorio utilizzo di "*membrane piane ceramiche*" e così implicitamente escludendo l'ammissibilità di membrane di filtrazione in materiali diversi.

La commissione giudicatrice, ammettendo a valutazione l'offerta tecnica dell'A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l., ha violato il principio della *par condicio* tra i concorrenti. L'utilizzo di membrane in materiale ceramico era infatti una condizione inderogabile di conformità al progetto preliminare e la previsione di materiali difforni, pur prescindendo dai controversi aspetti della maggiore economicità e della minore efficienza prestazionale, avrebbe dovuto determinare *ex se* l'esclusione del concorrente dalla gara.

In conclusione, il parere dell'Autorità è nel senso che l'A.T.I. Ricci Ambiente s.r.l. abbia presentato un'offerta tecnica migliorativa difforme dal capitolato speciale d'appalto e, per tale ragione, debba essere esclusa dalla gara in epigrafe.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la S.A.C.A. s.p.a., nell'ambito della procedura aperta per la progettazione ed esecuzione dei lavori di disinquinamento del lago di Barrea e di realizzazione dei depuratori dei Comuni di Pescasseroli ed Opi, ha illegittimamente ammesso l'offerta tecnica dell'A.T.I. Ricci Ambiente.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito