

Istanza di precontenzioso

Memoria

Oggetto: Procedura aperta per “Lavori di rifunzionalizzazione dell’ex ospedale militare delle Palazzine identificate con le sigle B, C, e I, all’interno della Caserma Michele Ferrara ex Villa Stagno” (CIG 7845898FD6).

FATTO

- **con bando pubblicato il 10 aprile u.s. sul profilo del committente, il Ministero delle Infrastrutture - Provveditorato per le OO. PP. Sicilia e Calabria – ha indetto la procedura aperta per l’affidamento dei lavori indicati in oggetto**, per un valore complessivo a base d’asta di 6.319.951,21 di euro, con termine per la presentazione delle offerte fissato al 30 maggio p.v.(All. 1);
- **con lettera del 6 maggio u.s., Ance Palermo ha evidenziato al Provveditorato l’erronea applicazione del Prezzario Regionale OO.PP. 2013**, anziché quello vigente del 2019, chiedendo una rettifica del bando, al fine di scongiurare l’illegittimità della procedura (All. 2);
- **con lettera di risposta del 13 maggio u.s. (All. 3), il Provveditore ha confermato il legittimo utilizzo del Prezzario 2013**, precisando che:
 - a) il progetto è stato redatto nel dicembre 2017 facendo riferimento all’allora vigente prezzario regionale del 2013, ed è stato approvato entro il 30 giugno dell’anno successivo;
 - b) l’applicazione del prezzario 2013 non produce significative variazioni economiche al progetto rispetto al prezzario 2018, in quanto tra i due prezzari sussiste una equivalenza tra il numero di voci in aumento e quelle in diminuzione, con percentuali di riduzione del prezzo comparabili alle percentuali in aumento;
 - c) per il 45% circa delle lavorazioni, i prezzi sono stati determinati mediante apposite analisi, basate su costi di materiali rilevati all’epoca di redazione del progetto;
 - d) considerato che il criterio di aggiudicazione è quello dell’OEPV, il prezzo vale solo per il 30% del punteggio complessivo;
 - e) nessuno dei quesiti presentati dalle imprese concorrenti ha riguardato il prezzario applicato, a dimostrazione che non vi è, da parte del mercato, una percezione negativa sulla giusta remunerabilità del prezzo a base d’asta;
- **con la medesima lettera del 13 maggio u.s.**, il Provveditorato, tenuto conto anche dell’esigenza di dare celere avvio ai cantieri per i quali si dispone di risorse appositamente assegnate, **ha precisato di non ritenere necessaria la revoca della procedura, non sussistendo anomalie tali da inficiarne la validità.**

Tutto ciò premesso in fatto, il bando in esame, ad avviso della scrivente Associazione, presenta **un evidente profilo di illegittimità connesso al mancato utilizzo di prezziari regionali aggiornati.**

PREMESSO CHE

1) Quanto alla legittimazione attiva di Ance alla richiesta di un parere di pre-contenzioso, la questione dibattuta attiene in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'Associazione scrivente, determinando una lesione diretta del suo scopo istituzionale.

Al riguardo, si evidenzia che l'ANCE è l'Associazione nazionale che, dal 1946, rappresenta le imprese italiane operanti nel settore dell'edilizia pubblica e privata.

L'azione dell'ANCE è diretta alla promozione e al rafforzamento dei valori imprenditoriali e del lavoro dell'industria edile e del suo indotto, e concorre al perseguimento degli interessi generali del Paese.

In particolare, l'ANCE:

- rappresenta e tutela gli interessi della categoria nei confronti del Governo, del Parlamento e delle altre Istituzioni centrali;
- procede alla stipula del contratto nazionale di lavoro;
- dialoga col mondo esterno e con le forze politiche;
- promuove e realizza iniziative mirate ad ampliare il mercato delle costruzioni, con particolare attenzione al rilancio dei sistemi urbani;
- assiste il sistema territoriale per le problematiche d'interesse delle imprese associate.

Più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 3 dello Statuto, approvato dall'Assemblea Costitutiva in data 5 maggio 1946 e modificato, da ultimo, nell'Assemblea Straordinaria dell'11 luglio 2018, l'ANCE ha come scopo *"la tutela degli interessi della categoria delle imprese di costruzione anche specialistiche, per l'esecuzione, la promozione, la progettazione, l'ingegneria di opere pubbliche e private in funzione del progresso del Paese nel quadro dell'economia di mercato"*.

La tutela di tali interessi si estrinseca attraverso un sistema articolato in due livelli di rappresentatività: all'ANCE aderiscono, infatti, associazioni territoriali alle quali, a loro volta, sono associate circa 20.000 imprese private, specializzate in opere pubbliche, edilizia abitativa, commerciale e industriale, tutela ambientale, promozione edilizia e lavorazioni specialistiche.

Il sistema associativo copre tutto il territorio nazionale ed è articolato in 96 Associazioni Territoriali e 20 Organismi Regionali.

L'ANCE costituisce, quindi, un'associazione di categoria e, come tale, rappresenta gli interessi degli operatori economici che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica.

2) L'interesse tutelato con l'istanza di precontenzioso è comune a tutti gli associati.

È interesse di tutte le imprese di costruzioni che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica, nessuna esclusa, che l'affidamento e l'esecuzione di lavori pubblici avvenga sulla base dei **prezziari regionali aggiornati annualmente**, come previsto all'art. 23, comma 16, D.lgs. 53/2016.

Tale norma è chiara espressione dei principi comunitari ed ha la finalità precipua di **garantire all'impresa** che intende partecipare ad una gara d'appalto la possibilità di fare un'offerta "seria" e congrua appunto perché i prezzi sono fissati inderogabilmente dai prezzari regionali aggiornati annualmente.

Definire quindi l'importo a base di gara sulla base di un prezzario non più vigente e non aggiornato, prevedendo poi l'attribuzione dei punti nell'offerta se l'offerente ribassa ulteriormente rispetto ai prezzi di cui sopra, oltre ad essere in evidente contrasto con la normativa sopra citata, non consente agli operatori, nel caso in esame, di presentare un'offerta "seria" e congrua, **e quindi non permette un sano confronto concorrenziale.**

Non vi è dubbio alcuno, quindi, che la questione dibattuta abbia **carattere generale e sia di comune interesse per tutte le imprese di costruzioni**, tenuto conto di quanto affermato nella citata delibera n. 195 del 13 marzo 2019 e dalla copiosa giurisprudenza amministrativa formatesi sul punto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza 4 novembre 2016, n. 4628; Sez. V, Sentenza 26 ottobre 2011, n. 5709).

Tutto ciò premesso, e tenuto conto di quanto affermato nella citata delibera n. 195 del 13 marzo 2019 e dalla copiosa giurisprudenza amministrativa formatesi sul punto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza 4 novembre 2016, n. 4628; Sez. V, Sentenza 26 ottobre 2011, n. 5709), **è da ritenere sussistente la legittimazione attiva di ANCE alla richiesta di un parere di precontenzioso**, ai sensi dell'articolo 211 del Codice dei Contratti, sul caso *de quo*, per le seguenti ragioni in

DIRITTO

In premessa, va evidenziato che la procedura in esame è stata bandita dal Ministero delle Infrastrutture - Provveditorato OO.PP. Sicilia e Calabria - e, dunque, è integralmente assoggetta alla disciplina nazionale di cui al Codice degli Appalti n. 50/2016 e non alla L.R. n. 12/2011.

Per quanto riguarda il tema dei prezzari, va ricordato che il legislatore nazionale, anche sulla base delle interpretazioni più evolute dell'art. 97 della Costituzione e dei principi fondamentali del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, nell'art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici – in linea, con quanto già previsto nel previgente D.lgs. 163/2006 - **ha sancito che l'affidamento e l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture devono garantire la qualità delle prestazioni** e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, rispettando altresì i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Proprio al fine di garantire la qualità delle prestazioni, lo stesso legislatore, all'**art. 23, comma 16, del Codice**, come modificato dal D.lgs. 56/2017, con specifico riferimento ai contratti relativi ai lavori, **prescrive espressamente l'obbligo per l'amministrazione di determinare il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente.**

Tali prezzari **cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data.** In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzari sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate.

Tale norma è chiara espressione dei principi comunitari ed **ha la finalità precipua di garantire all'impresa** che intende partecipare ad una gara d'appalto **la possibilità di fare un'offerta "seria" e congrua**, appunto perché i prezzi sono fissati inderogabilmente dai prezzari regionali aggiornati annualmente.

La nuova norma, proprio a maggior tutela della serietà dell'offerta - diversamente rispetto a quanto previsto dall'art. 133 del D.lgs. 163/2006 – elimina, come si evince dal tenore letterale dell'art. 23 sopracitato, ogni possibilità per le stazioni di appaltanti di adottare e aggiornare autonomamente un proprio prezzario,

possibilità, peraltro, consentita nel Codice previgente esclusivamente a seguito di una adeguata istruttoria e su motivazione coerente con gli elementi istruttori (cfr sentenza CdS n. 5702/2010).

Sul tema è intervenuta più volte l'ANAC, in costanza della previgente disciplina, affermando che i prezziari assumono un ruolo fondamentale tanto nella programmazione ed esecuzione delle opere pubbliche, quanto nello svolgersi delle dinamiche concorrenziali delle gare d'appalto, allo scopo di impedire che le Amministrazioni scendano al di sotto dei prezzi base dedotti dai listini correnti ed inneschino una spirale al ribasso. Il loro corretto utilizzo, peraltro, non può prescindere dalla verifica sostanziale della loro congruità alle condizioni di mercato della specifica zona territoriale nella quale dovrà eseguirsi l'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici, quindi, devono effettuare una verifica attenta della congruità dei prezzi posti a base di gara, nell'ottica di salvaguardare la *par condicio* e la serietà del confronto concorrenziale, che deve basarsi su parametri tecnico economici attendibili e rispondenti al reale andamento dei prezzi di mercato (cfr, ad esempio, Parere n. 86 del 2013).

Anche la giurisprudenza ha più volte affermato la necessità che le procedure di gara siano indette sulla base di prezziari aggiornati, con valori economici coerenti con l'attuale ed effettivo andamento del mercato, per non incorrere in carenze di serietà delle offerte economiche ed in conseguenti alterazioni della concorrenza tra le imprese.

Inoltre, va ricordato che, nelle **Linea Guida n.3** - recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*» - al punto 5.1.4, lett. j) viene espressamente previsto **l'obbligo per il RUP** di effettuare, **“prima dell'approvazione del progetto in ciascuno dei suoi livelli, le necessarie verifiche circa la rispondenza dei contenuti del documento alla normativa vigente, il rispetto dei limiti finanziari, la stima dei costi e delle fonti di finanziamento, la rispondenza dei prezzi indicati ai prezziari aggiornati e in vigore, e l'esistenza dei presupposti di ordine tecnico e amministrativo necessari per conseguire la piena disponibilità degli immobili.**

Infine, **l'articolo 26 del Codice**, afferente la “Verifica preventiva della progettazione”, stabilisce che, nei contratti relativi ai lavori, **prima dell'inizio delle procedure di affidamento, la stazione appaltante verifica** la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 23, nonché la loro conformità alla normativa vigente, accertando, tra l'altro, **“h) l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati”**. Gli esiti della verifica vanno poi riportati nell'atto di validazione del progetto a base di gara, i cui estremi vanno indicati nel bando o nella lettera di invito.

Venendo al caso di specie, l'Amministrazione ha bandito la procedura il 10 aprile 2019, ponendo a base di gara un progetto elaborato su un prezzario non aggiornato. Si tratta, infatti, del prezzario 2013, laddove, a partire dal 18 gennaio 2019, era in vigore il Prezzario Unico Regionale 2019, adottato con Decreto dell'Assessorato delle Infrastrutture e della mobilità n. 4 del 16 gennaio 2019.

È evidente, quindi, il contrasto con la normativa vigente che, come visto, impone sempre di appaltare progetti redatti sulla base di prezziari annualmente aggiornati.

Tale situazione, peraltro, non sembra giustificabile alla luce delle argomentazioni prodotte dalla stazione appaltante, per le ragioni di seguito indicate.

a) L'Amministrazione precisa che il progetto definitivo dell'opera è stato redatto nel dicembre 2017, anno in cui era vigente il prezzario 2013, ed è stato poi approvato entro il 30 giugno dell'anno successivo.

Al riguardo, va rilevato che, ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del Codice, **è possibile utilizzare “transitoriamente” un prezzario scaduto, per i progetti a base di gara approvati entro i successivi 6 mesi (cioè entro il 30 giugno dell'anno successivo), nel presupposto che si tratti del prezzario scaduto il 31 dicembre dell'anno precedente, e non, come nel caso di specie, di un prezzario ormai vecchio di sei anni.**

Al di fuori di tale ipotesi, quindi, i prezziari scaduti non possono in alcun modo essere utilizzati e vi è l'obbligo per la stazione appaltante di provvedere all'aggiornamento dei prezzi relativi ai materiali e alle lavorazioni oggetto di gara, rispetto ai prezziari aggiornati e in vigore o, in loro mancanza, attraverso puntuali analisi di mercato che ne confermino la coerenza con i prezzi correnti di mercato.

Diversamente opinando, infatti, si vanificherebbe completamente la *ratio* sottesa all'obbligo di aggiornamento annuale dei prezziari, ossia salvaguardare la *par condicio* e la serietà del confronto concorrenziale, poiché si consentirebbe alla stazione appaltante di mettere in gara lavori ad importi non in linea con il mercato, semplicemente ritardando il più possibile la pubblicazione del bando di gara rispetto al momento dell'approvazione dei progetti. Ciò, con *"il rischio concreto di innescare spirali ribassiste apparentemente convenienti al momento dell'aggiudicazione della gare ma destinate, in seguito, a provocare una patologica lievitazione dei costi in fase d'esecuzione dell'opera"* (parere ANAC n. 86 del 2013).

Peraltro, va anche sottolineato che, come riportato nel bando di gara, **la validazione del progetto a base di gara è stata rilasciata dal RUP con verbale del 20 febbraio 2019.**

Pertanto, nella fase di verifica del progetto - che ai sensi del sopracitato art. 26 va effettuata prima dell'avvio della procedura di affidamento - avrebbe dovuto essere accertata l'inadeguatezza dei prezzi unitari utilizzati, in quanto desunti dal prezzario 2013, e **si sarebbe dovuto procedere al relativo aggiornamento, almeno rispetto al prezzario 2018, transitoriamente utilizzabile fino a giugno 2019.**

b) L'Amministrazione precisa che l'applicazione del prezzario 2013 non produce significative variazioni economiche rispetto al prezzario 2018, in quanto tra i due prezziari sussiste una equivalenza tra il numero di voci in aumento e quelle in diminuzione.

Anche tale affermazione non appare corretta.

Infatti, la variazione economica dell'appalto causata dall'utilizzo di prezzi non aggiornati, non può essere valutata attraverso un confronto "in astratto" tra i prezziari, e cioè comparando la medie dei prezzi in diminuzione e in aumento presente nei due prezziari.

Infatti, lavorazioni e materiali non hanno sempre lo stesso "peso" nell'economia generale di un appalto, dipendendo la loro incidenza dalla tipologia di intervento da realizzare.

Pertanto, al fine di verificare l'effettiva variazione economica derivante dall'utilizzo del prezzario 2013 rispetto a quello 2018, **l'Amministrazione avrebbe dovuto analizzare analiticamente le singole voci di costo relative a lavori, materiali e attrezzature, aggiornando le singole voci di costo ai nuovi valori del prezzario 2018.**

c) L'Amministrazione precisa che, per circa il 45% delle lavorazioni, i prezzi sono stati determinati mediante apposite analisi, basate su costi di materiali rilevati all'epoca di redazione del progetto.

L'affermazione sembrerebbe finalizzata a garantire che, nonostante la redazione del progetto sia stata effettuata sulla base di un prezzario non aggiornato (2013) - in quanto l'unico esistente in quel momento storico - per circa la metà delle lavorazioni si è proceduto a verificare l'aderenza dei costi dei materiali ai prezzi correnti di mercato.

Ora, fermo restando che **non si comprende perché l'analisi abbia riguardato solo il 45% delle lavorazioni e non il 100% delle stesse, la verifica di cui parla l'Amministrazione è stata effettuata al momento della redazione del progetto, cioè nel dicembre 2017.** Considerato il lungo lasso di tempo tra questa data e l'effettivo avvio della procedura (aprile 2019), essa può in alcun modo ritenersi idonea ai fini

della necessaria attualizzazione dei prezzi di appalto. A riprova di ciò, basti pensare che, in tale arco temporale, sono stati adottati 2 nuovi prezzari (anno 2018 e anno 2019).

d) L'Amministrazione precisa che il criterio di aggiudicazione è quello dell'OEPV e, pertanto, all'offerta economica potrà essere attribuito un punteggio massimo pari a 30.

Anche la considerazione in oggetto non appare congrua per "minimizzare" gli effetti derivanti dall'erronea applicazione di un prezzario scaduto.

Il fatto che, ai sensi dell'articolo 95, comma 10-bis, l'offerta economica nell'ambito dell'OEPV abbia un peso limitato (massimo il 30% del punteggio complessivo), non può giustificare in alcun modo l'utilizzo di prezzari non aggiornati e, quindi, non aderenti al reale andamento del mercato.

Tale limite quantitativo, infatti, è stato introdotto dal legislatore del decreto correttivo 56/2017 al fine di assicurare che, con il criterio dell'OEPV, possa essere realmente selezionata l'offerta che garantisce il miglior rapporto qualità/prezzo, evitando forme surrettizie e indirette di ribasso mascherato.

E' del tutto evidente, tuttavia, che, nonostante il peso limitato dell'elemento prezzo rispetto alla componente qualitativa dell'offerta, **l'utilizzo di prezzi non aggiornati può irrimediabilmente compromettere la possibilità di formulare offerte economiche ben ponderate e, quindi, adeguate a sostenere le migliori tecniche/qualitative che il concorrente si impegna a realizzare nell'appalto.**

e) L'amministrazione sostiene che nessuno dei quesiti presentati dalle imprese concorrenti ha riguardato il prezzario applicato, a dimostrazione che non vi è, da parte del mercato, una percezione negativa sulla giusta remunerabilità del prezzo a base d'asta.

Anche tale valutazione appare del tutto apodittica e certamente non dimostrativa della giusta remunerabilità dell'appalto.

Al contrario, va evidenziato che **il mancato utilizzo di prezzari aggiornati è senz'altro un deterrente alla partecipazione di potenziali concorrenti**, scoraggiati dalla difficoltà di riuscire a formulare offerte realmente congrue, con conseguente violazione dei principi, comunitari e nazionali, di massima partecipazione alle procedure di gara e di tutela di una sana concorrenza nel mercato.

Per tutte le ragioni sopra indicate, quindi, il bando di gara in esame, ad avviso della scrivente Associazione, presenta **un evidente profilo di illegittimità, connesso al mancato utilizzo di prezzari regionali aggiornati**, in contrasto con quanto sancito dal comma 16 dell'articolo 23 del Codice Appalti, e conseguente compromissione di un sano confronto concorrenziale nella procedura.

Pertanto, **si richiede un intervento di codesta spettabile Autorità**, affinché esprima, ai sensi dell'articolo 211 del Codice dei Contratti, un parere sulle questioni descritte, **al fine di confermare la sussistenza dei vizi di legittimità evidenziati, riaffermando, contestualmente, l'obbligo per la stazione appaltante di determinare il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, da porre in gara, sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente.**

Roma, 27 maggio 2019