



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 581 DEL 26 giugno 2019

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dal Campoverde S.r.l. – Affidamento del servizio relativo alla rimozione, imballaggio e conferimento n. 7 sorgenti radioattive – Importo a base di gara: euro 27.000,00 - S.A.: Carbosulcis S.p.A.

PREC 82/19/S

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 30565 del 12 aprile 2019, Campoverde S.r.l. ha chiesto all’Autorità di valutare la legittimità dell’ammissione alla procedura in epigrafe e dell’aggiudicazione della medesima gara, rispettivamente, delle imprese BKS S.r.l. e PROTEX S.r.l.. Le censure dell’istante s’incentrano, per quanto concerne BKS S.r.l., sul mancato possesso dei requisiti di idoneità professionali costituiti dalle autorizzazioni rilasciate dalle competenti Autorità ai sensi degli artt. 29 e 30 d.lgs. 230/1995, avendo lo stesso operatore economico testualmente dichiarato, nella domanda di partecipazione, di possedere solamente l’autorizzazione ai sensi dell’art. 31 d.lgs. 230/1995. Per quanto concerne PROTEX S.r.l., l’istante rileva la mancata esplicitazione, nell’offerta economica, dei prezzi unitari dei tre singoli servizi di rimozione e la non onnicomprensività dell’offerta economica, essendo stata espressamente esclusa la “fornitura di attrezzi ed accessori particolari necessari per lo smontaggio”. Ad avviso dell’istante, quest’ultima circostanza rappresenterebbe una variante peggiorativa rispetto a quanto richiesto nella documentazione di gara, laddove nei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante era stato precisato che dovessero intendersi a carico dell’amministrazione soltanto i dispositivi per la movimentazione dei rifiuti radioattivi.

A seguito dell’avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 45975 del 7 giugno 2019, la stazione appaltante, che già aveva manifestato adesione all’istanza di parere, ha presentato proprie controdeduzioni evidenziando come l’affidamento diretto di servizi/forniture di valore inferiore a 40.000,00 euro rientri nel novero delle procedure ultra semplificate e si ponga in deroga rispetto ai principi della concorrenza. Con specifico riferimento alle censure sollevate dall’istante, la stazione appaltante ha rilevato che BKS S.r.l. è stata ammessa alla procedura perché, dalla dichiarazione resa, non era chiaro il possesso o meno del requisito e perché comunque avrebbe potuto ovviare all’eventuale carenza dello stesso presentando offerta in ATI oppure ricorrendo all’avvalimento, e che solo in sede di offerta, quando si è evinto il mancato possesso del requisito, si è deciso di non prendere in considerazione il preventivo proposto. Quanto alla mancata indicazione dei prezzi unitari e la mancata onnicomprensività dell’offerta di PROTEX S.r.l., la stazione appaltante ha replicato che i prezzi unitari erano stati richiesti esclusivamente a fini contabili e che le considerazioni presenti nell’offerta economica dell’aggiudicatario (laddove si precisava che “si intendono a vostro carico i mezzi per il raggiungimento delle quote di lavoro per lo smontaggio delle sorgenti e per la loro movimentazione, la fornitura di eventuali attrezzi ed accessori particolari necessari per lo smontaggio”) erano da ritenersi rientranti «tra quelle che andranno a costituire la “sfera negoziale”, della Stazione Appaltante in fase di stipula contrattuale con l’operatore economico stesso con il quale si negozieranno delle condizioni che andranno, al limite, a migliorare ulteriormente l’offerta del concorrente stesso».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con propria nota, BKS S.r.l. ha sostenuto che la richiesta di possesso delle Autorizzazioni ai sensi degli artt. 29 e 30 d.lgs. n. 230/1995 non fosse pertinente.

Ritenuto in diritto

La lettera a) del comma 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, così come modificata dal d.lgs. n. 56/2017, consente, per importi inferiori a 40.000,00 euro, di procedere all'affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori. La stazione appaltante può dunque contrattare direttamente con un unico operatore economico, motivando in merito alla scelta dell'affidatario, ovvero dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione (Cfr., Linee Guida n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"). Oppure, seguendo la *best practice* auspicata dall'Autorità nelle richiamate Linee Guida, dopo avere acquisito informazioni volte a identificare le soluzioni presenti sul mercato e la platea dei potenziali concorrenti, la stazione appaltante può confrontare preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici; ciò attraverso una mera richiesta esplorativa di preventivo, senza avviare alcuna procedura negoziata, e dunque senza pubblicazione di avviso del ricorso a selezione attraverso la competizione tra imprese (Cfr., TAR Calabria Catanzaro 26 ottobre 2018 n. 1801).

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha invece pubblicato un avviso per l'acquisizione di manifestazione di interesse per l'affidamento del servizio relativo alla rimozione, imballaggio e conferimento di n. 7 sorgenti radiotattive nel quale, oltre a delineare l'oggetto dell'appalto, ha stabilito l'importo a base di gara (27.000, 00 euro), il criterio di aggiudicazione (valutazione del preventivo di spesa), i requisiti che devono essere posseduti per la partecipazione (requisiti di ordine generale e requisiti di idoneità professionale), modalità e termine di presentazione delle manifestazioni di interesse e ha chiarito che i plichi pervenuti contenenti le candidature sarebbero stati «soggetti a istruttoria per verificarne la conformità al presente avviso e la presenza di tutta la documentazione richiesta». Nella successiva richiesta di offerta, la stazione appaltante ha fissato il termine entro il quale presentare il miglior preventivo, formulato su prezzi unitari, rispetto alle prestazioni ivi indicate.

Ciò considerato, il sistema di affidamento posto in essere dalla stazione appaltante, al di là della dichiarazione, contenuta nell'avviso, dell'intenzione di affidare il servizio mediante affidamento diretto, si caratterizza per essere aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate, purché in possesso dei requisiti ivi specificati, e per essere basato sulla valutazione comparative delle offerte sotto il profilo del prezzo. Tali caratteristiche fanno della procedura in esame una gara ufficiosa - poiché la stazione appaltante non si è limitata ad acquisire una conoscenza dell'assetto di mercato ma ha formalmente dato vita ad un confronto concorrenziale tra più operatori economici - che impone all'amministrazione procedente il rispetto delle prescrizioni stabilite nell'avviso di manifestazione di interesse, in ossequio ai principi di trasparenza e parità di trattamento (Cfr. TAR Lombardia - Milano,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sez. I, 23 ottobre 2017, n. 2011 e Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 22 maggio 2018, n. 492). Secondo la giurisprudenza, in questi casi, assume infatti rilievo decisivo il principio del c.d. autovincolo, in forza del quale la stazione appaltante è tenuta a rispettare la disciplina contenuta nella *lex specialis* di gara.

La scelta di aprire un confronto concorrenziale esige che la stazione appaltante rispetti le regole prefissate nell'avviso pubblico, in modo da non ledere la *par condicio* dei concorrenti né sotto il profilo dei requisiti di partecipazione né sotto quello del contenuto dell'offerta.

Con riguardo al primo aspetto, l'avviso pubblico è chiaro nel fissare, quale requisiti di partecipazione, i requisiti di idoneità professionali rappresentati dalle autorizzazioni rilasciate dalle competenti Autorità ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 del d.lgs. n. 230/1995. Al riguardo, la dichiarazione resa da BKS S.r.l. si rivela ambigua poiché, dapprima, sulla base del modello di dichiarazione, reca la dichiarazione di possedere tutte e tre le autorizzazioni, salvo poi precisare il possesso della sola autorizzazione ex art. 31 e svolgere valutazioni di non pertinenza delle autorizzazioni ex artt. 29 e 30. Anche a voler ammettere un eventuale dubbio circa il contenuto della dichiarazione, che avrebbe potuto effettivamente essere ritenuta contraddittoria, la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere chiarimenti e, una volta appurata la mancanza dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, in ossequio a quanto previsto nell'avviso, non avrebbe dovuto invitare BKS S.r.l. a presentare offerta.

Con riguardo al secondo aspetto, l'avviso pubblico, letto unitamente alle risposte alle richieste di chiarimenti, pare sufficientemente chiaro nel ricomprendere lo smontaggio tra le prestazioni oggetto dell'affidamento, tanto che PROTEX S.r.l., nella propria offerta, nel descrivere il servizio oggetto dell'affidamento, al punto 4), indica proprio lo smontaggio delle sorgenti radioattive, salvo poi precisare che s'intendono a carico della stazione appaltante «i mezzi per il raggiungimento delle quote di lavoro per lo smontaggio delle sorgenti (...), la fornitura di eventuali attrezzi ed accessori particolari necessari per lo smontaggio». Una dichiarazione di tale tenore sembra effettivamente escludere dalle prestazioni offerte lo smontaggio, come replicato dalla stazione appaltante, nel presente contraddittorio, con il riferimento a una successiva negoziazione delle condizioni dell'offerta pare confermare.

In una procedura, come quella in esame, aggiudicata sulla base del solo elemento prezzo, dove tutte le condizioni tecniche sono predeterminate, l'assetto contrattuale non può essere oggetto di variazione in sede di offerta. L'operatore economico deve offrire un prodotto/servizio conforme a quanto richiesto nella *lex specialis*. L'accettazione di un prodotto/servizio non conforme sarebbe lesiva della *par condicio*: «il venir meno della necessaria conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante (strumentalmente alle proprie esigenze pubblicitarie) e l'offerta in concreto presentata dal singolo concorrente (in ipotesi, anche per ragioni legate alle sue esigenze aziendali), è causa di inammissibilità della stessa: Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010, n. 248; Id., V, 23 agosto 2004, n. 5583; Id., V, 25 febbraio 1991, n. 192. Tale difformità, ove mai dovesse essere ammessa, verrebbe tra l'altro ad alterare la *par condicio* dei partecipanti alla selezione, a garanzia della quale le norme disciplinanti le procedure a evidenza pubblica esigono la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato» (Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2017 n. 1320). Né la stazione appaltante può sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative e di adattamento non previste nella *lex specialis* della procedura, restando altrimenti violata, nuovamente, la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

par condicio dei concorrenti e l'affidamento da essi riposto nelle regole di gara per modulare la rispettiva offerta (Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 17 giugno 2016 n. 2684).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'invito a BKS S.r.l. a presentare offerta non conforme alla normativa di settore;
- l'aggiudicazione a PROTEX S.r.l. non conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 luglio 2019

Il segretario Maria Esposito



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente