



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 64 DEL 30 gennaio 2019**

**OGGETTO:** Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Sistei S.r.l. e Comune di Santa Domenica di Talao - Procedura aperta per l'affidamento dei lavori relativi a “Intervento di ottimizzazione dell’impianto di pubblica illuminazione ai fini del risparmio energetico e dell’inquinamento luminoso nel Comune di Santa Domenica di Talao” - Importo a base d’asta: euro 127.538,71 - S.A.: Comune di Santa Domenica di Talao

### **PREC 1/19/L**

#### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

Con istanza congiunta pervenuta al prot. n. 104356 del 19 dicembre 2018 l’operatore economico Sistei S.r.l. e il Comune di Santa Domenica di Talao hanno richiesto all’Autorità di valutare alcuni profili in riferimento alla gara in oggetto.

Il primo profilo riguarda la legittimità del provvedimento di esclusione della Sistei S.r.l., per non aver dichiarato nell’offerta economica, come richiesto dal disciplinare di gara, «di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell’offerta, che, riferita all’esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile». L’operatore economico sostiene di aver seguito il modulo di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante, che non conteneva tale dichiarazione; inoltre, essa sarebbe da intendersi già contenuta nella domanda di partecipazione alla gara, laddove si dichiara di prendere atto che «le indicazioni delle voci e quantità riportate nella “lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l’esecuzione dei lavori” relativamente alla parte a corpo non ha valore negoziale essendo il prezzo, determinato attraverso la stessa, fisso ed invariabile ai sensi dell’art. 59, comma 5-bis, del d. lgs. n. 50/2016 s.m.i e che lo stesso è stato computato, in sede di predisposizione della propria offerta, facendo riferimento agli elaborati grafici, al capitolato speciale d’appalto nonché a tutti gli altri documenti costituenti l’appalto di cui è previsto facciano parte integrante del contratto». In ogni caso, l’omessa dichiarazione avrebbe dovuto essere oggetto di soccorso istruttorio, in quanto elemento non suscettibile di produrre alcuna manipolazione dell’offerta economica.

Il secondo profilo riguarda la correttezza dell’operato della commissione di gara nell’attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche. In particolare, sarebbero stati assegnati subpunteggi non coerenti rispetto al contenuto delle offerte, attribuendo ai concorrenti gli stessi punti per i vari criteri, senza operare



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

differenziazioni in base al grado di soddisfazione delle caratteristiche offerte e compromettendo così l'effettivo confronto concorrenziale.

A seguito dell'avvio del procedimento, effettuato con nota prot. n. 1660 del 9 gennaio 2019, non sono pervenuti ulteriori documenti e memorie dalle parti.

### **Ritenuto in diritto**

In merito alla prima questione posta dall'istanza di precontenzioso, occorre premettere che il bando di gara riguarda un appalto con corrispettivo a misura, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con offerta economica espressa in forma di ribasso percentuale sull'elenco prezzi. Come noto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. eeeee) del Codice dei contratti, si è in presenza di un appalto a misura qualora il corrispettivo contrattuale venga determinato applicando alle unità di misura delle singole parti del lavoro eseguito i prezzi unitari dedotti in contratto. Il successivo art. 59, comma 5-bis, specifica che, a differenza delle prestazioni a corpo, nel caso degli appalti a misura il corrispettivo può variare, in quanto è rapportato alle quantità di lavorazioni realizzate, sulla base dei prezzi invariabili per l'unità di misura fissati dal contratto.

La dichiarazione oggetto di contestazione, da rendere in sede di offerta economica, di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle eventuali discordanze nelle indicazioni delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo, richiama l'analogia previsione contenuta nell'art. 118, comma 2, del d.P.R. 207/2010, disposizione abrogata e non riprodotta nell'attuale codice dei contratti. Tale dichiarazione è chiaramente riferita agli appalti a corpo e trae la sua giustificazione dalla necessità di responsabilizzare il concorrente nella determinazione del prezzo offerto, posto che, per le prestazioni a corpo, il computo metrico estimativo non ha valore negoziale e il prezzo convenuto è fisso e non può essere modificato sulla base della verifica delle quantità delle prestazioni da eseguire.

Viceversa, in un appalto a misura, le carenze o inesattezze delle voci dell'elenco prezzi incidono sulla corretta applicazione del principio di trasparenza amministrativa e su quello della buona fede nella formazione del contratto, in quanto impediscono una completa analisi da parte degli offerenti delle prestazioni poste in gara, inficiando, in tal modo, la formulazione dell'offerta (Deliberazione AVCP n. 146 del 22 maggio 2007).

Da quanto sopra emerge che, astrattamente, la dichiarazione *de qua* non può ritenersi elemento costitutivo dell'offerta negli appalti con corrispettivo calcolato esclusivamente a misura. Inoltre, essa non compare nel facsimile di dichiarazione di offerta messo a disposizione dalla stazione appaltante. Su tale aspetto, la giurisprudenza ha evidenziato che il concorrente che utilizza il modulo predisposto dalla stazione appaltante soddisfa il requisito della normale diligenza nella compilazione dell'offerta, senza doversi gravare dell'ulteriore compito di controllare se la parte burocratica della procedura, curata dagli uffici della stazione appaltante, sia completa e accurata (TAR Brescia, 7 gennaio 2015, n. 2: per un caso analogo: parere AVCP n. 69 del 10 aprile 2014).



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Pertanto, a fronte del contenuto lacunoso del citato modello di offerta, l'esclusione del concorrente, che poteva ragionevolmente ritenere satisfattivo il contenuto del facsimile suggerito (non a caso, dai verbali di gara emerge che, a fronte dei cinque operatori che hanno presentato offerta, ben tre hanno omesso di rendere la dichiarazione in questione e sono incorsi nell'esclusione) si espone a dubbi di legittimità, laddove l'amministrazione non abbia provveduto a richiedere chiarimenti o integrazioni documentali. In presenza di adempimenti di carattere dichiarativo connotati, come nel caso di specie, da un ragionevole tasso di scusabilità dell'errore, per effetto della possibile induzione in errore creata dal modello allegato al bando predisposto dalla stessa stazione appaltante, meritano, infatti, di essere tutelati l'affidamento e la buona fede dei partecipanti, salvaguardando l'ammissibilità delle offerte, per consentire al contempo la più ampia partecipazione di concorrenti alla gara, in difesa dell'interesse pubblico al confronto concorrenziale e senza ledere il principio della *par condicio* concorsuale (parere AVCP n. 56 del 23 marzo 2011). Peraltro, rispetto alla circostanza che la dichiarazione richiesta doveva essere parte dell'offerta economica, tale impostazione non appare in contrasto con la disciplina relativa al soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d. lgs. 5/2016, la quale non impedisce, fermo restando il divieto di integrazione dell'offerta, la facoltà per la stazione appaltante di attivare richieste procedurali di chiarimento sulla documentazione presentata, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta tecnica ed economica (in questo senso, Cons. Stato, parere n. 782/2017 sul d. lgs. 56/2017, decreto correttivo del codice dei contratti).

In riferimento alla seconda questione posta dall'istanza di precontenzioso, relativa alle modalità di attribuzione dei punteggi, occorre in primo luogo ricordare che l'attività di valutazione delle offerte costituisce espressione paradigmatica della discrezionalità tecnica, di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, esulando dalla competenza del giudice amministrativo e dell'Autorità, il cui sindacato può limitarsi solo al caso in cui le valutazioni della pubblica amministrazione siano inficate da macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione, illogicità manifesta o errori di fatto. Nella fattispecie all'esame, pertanto, il parere richiesto non può esprimersi in sostituzione degli apprezzamenti di merito rappresentati nei giudizi tecnici della commissione di gara.

Tuttavia, si rileva che il p.to 14 del disciplinare di gara dispone che «la determinazione del punteggio relativo alle offerte tecniche contenute nella busta "B" avverrà mediante l'attribuzione discrezionale da parte di ogni commissario del coefficiente sulla base dei criteri metodologici (motivazionali) specificati nel presente disciplinare» e, più avanti, specifica che «al fine di non alterare i pesi stabiliti per i vari criteri di valutazione, se nessun concorrente ottiene sui criteri di valutazione tecnica aventi natura qualitativa il punteggio pari al peso complessivo assegnato agli stessi, è effettuata la c.d. "riparametrazione", assegnando al concorrente che ha ottenuto il punteggio totale più alto il massimo punteggio previsto e alle altre offerte un punteggio proporzionale decrescente».

Dall'esame dei verbali di gara risulta che la graduatoria provvisoria è stata formata sommando i punteggi ottenuti da ciascun concorrente per ciascun sub-criterio tecnico, senza effettuare la prevista riparametrazione come indicato nel disciplinare (sul tema, cfr. Linee guida ANAC n. 2 di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"), contravvenendo così al



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

principio di certezza delle regole procedurali, e del rispetto del principio dell'autovincolo, in questo caso stabilito discretionalmente dalla stazione appaltante.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- l'operato della Stazione appaltante non conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2019

Il segretario Maria Esposito