



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N.1339 DEL 20 dicembre 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da S.E.P. Costruzioni S.r.l. – Affidamento mediante procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, da esperirsi sul MEPA, dei lavori di manutenzione straordinaria edifici loculi nuovo cimitero comunale – 1° lotto esecutivo – Importo a base di gara: euro 123.610,27 - S.A.: Comune di Priolo Gargallo

PREC 203/17/L

VISTA l'istanza singola acquisita al prot. n. 43319 del 22 marzo 2017 nella quale l'operatore economico S.E.P. Costruzioni S.r.l. ha rappresentato che, dopo l'aggiudicazione della gara in epigrafe in suo favore avendo presentato un'offerta con ribasso immediatamente al di sotto della soglia di anomalia calcolata secondo il metodo sorteggiato (art. 97, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 50/2016), un'altra impresa concorrente ha reclamato un errore nella fase di gara e ha chiesto il ricalcolo della media. L'istante chiede se la stazione appaltante, avendo previsto l'applicazione del comma 8 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 (esclusione automatica delle offerte anormalmente basse), «debba utilizzare tutte le offerte ammesse per il calcolo automatico della soglia di anomalia (...) ed eventualmente procedere all'esclusione solo in fase contrattuale ovvero possa escludere alcune offerte ammesse prima del calcolo della soglia stessa»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 13 giugno 2017;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 80963 del 14 giugno 2017 nella quale la stazione appaltante ha evidenziato che il vizio fatto valere da una delle imprese partecipanti è la mancata esclusione di un operatore (DI.BI.CA. sas di Gaspare Di Giorgi) che è risultato avere presentato un'offerta pari a 15,475 euro comprensiva degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso pari a 16.456,390 euro e dunque da considerarsi negativa. La stazione appaltante ha rimarcato di avere ritenuto fondato tale rilievo e di avere dunque l'intenzione di revocare l'aggiudicazione a S.E.P. Costruzioni S.r.l., di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta negativa e di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia;

VISTO il principio di invarianza della soglia di anomalia, invocabile nel caso di specie, introdotto nell'art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 e attualmente riprodotto nell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale «Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che detto principio, da ritenersi «un principio di carattere generale in materia di gare, estendibile anche a circostanze diverse dall'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio» che determina una cristallizzazione della soglia di anomalia, a seguito delle fasi di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte (Parere di Precontenzioso-Delibera n. 214 del 1 marzo 2017), secondo l'interpretazione della più recente giurisprudenza, mira all'obiettivo di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara; «La consapevole scelta del Legislatore del 2014 è stata nel senso di assicurare preminenza all'interesse alla conservazione degli atti di gara, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l'evidente rischio che, nelle more della partecipazione comunque avvenuta in punto di fatto, la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie o delle soglie di anomalia» (Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2017 n. 847);

CONSIDERATO che l'applicazione del principio di immodificabilità delle graduatorie determina - nei casi, come quello di specie, di aggiudicazione al minor prezzo con esclusione automatica delle offerte anomale - la cristallizzazione delle soglie di anomalia, con aggiudicazione in favore del concorrente che abbia formulato la migliore offerta non anomala, con la conseguenza che «Risulterà dunque aggiudicatario un concorrente che verosimilmente non lo sarebbe stato in caso di mancata considerazione del concorrente da escludere e di diversa determinazione della soglia di anomalia» (Consiglio di Stato, cit.);

CONSIDERATO altresì che, secondo la più recente giurisprudenza, data la portata ampia e onnicomprensiva della norma e le finalità di ordine generale cui essa mira, «non si individuano prevalenti elementi di ordine sistematico perché essa possa trovare applicazione solo laddove sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva in favore del concorrente successivamente escluso e non anche laddove l'esclusione sia avvenuta al momento in cui il concorrente era destinatario di una mera aggiudicazione provvisoria» e «anche nelle ipotesi in cui il concorrente successivamente escluso non fosse aggiudicatario né in via provvisoria, né in via definitiva» (Consiglio di Stato, cit; in termini anche TAR Piemonte 17 maggio 2017 n. 631);

RITENUTO che, alla luce del richiamato principio di invarianza della soglia di anomalia, nel caso in esame l'eventuale pronuncia di esclusione del concorrente che ha presentato l'offerta negativa in una fase successiva all'aggiudicazione a S.E.P. Costruzioni S.r.l. non potrebbe dare luogo al regresso procedimentale e con esso al ricalcolo della media dei ribassi e della soglia di anomalia;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- non è legittimo il ricalcolo della media e della soglia di anomalia a seguito dell'esclusione dalla gara dell'operatore economico D.I.B.I.C.A. sas di Gaspare Di Giorgi pronunciata successivamente all'avvenuta aggiudicazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Per il Segretario, Rosetta Greco