

DELIBERA N. 587

8 luglio 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da ITAL Costruzioni s.n.c. di Francesco Murro - Adeguamento sismico ed efficientamento energetico della scuola secondaria di primo grado di Amendolara Centro - Importo a base di gara: 577.639,80 euro -- Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Amendolara C.U.C. di Trebisacce Comune capofila

PREC 125/2020/L-PB

Riferimenti normativi

Articolo 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 59, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Offerta economicamente più vantaggiosa – Appalto a corpo – Analisi dei prezzi delle migliori – Indicazione a pena di esclusione – Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione - Nullità

Massima

Offerta economicamente più vantaggiosa – Appalto a corpo – Analisi dei prezzi delle migliori – Indicazione a pena di esclusione – Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione - Nullità

Negli appalti aggiudicati a corpo, il prezzo delle soluzioni maggiorative proposte e l'analisi di detti prezzi non sono elementi essenziali ai fini della completezza dell'offerta economica, perché eventuali oneri economici riconlegabili alle proposte maggiorative trovano compensazione all'interno dell'offerta economica complessiva. Poiché né l'indicazione dei costi delle migliori né l'indicazione delle relative

analisi sono richieste, a pena di esclusione, da una norma di legge, la richiesta a pena di esclusione della *lex specialis* di gara di indicare, nell'offerta economica, l'analisi dei nuovi prezzi delle migliorie è affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, per violazione del principio di tassatività e, come tale, disapplicabile dalla stessa stazione appaltante.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'8 luglio 2020

DELIBERA

Vista l'istanza di parere prot. n. 39551 del 28 maggio 2019, nella quale ITAL Costruzioni s.n.c. di Francesco Murro ha contestato l'aggiudicazione della gara all'ATI FALBO S.r.l./FBM Tubes S.r.l. per la mancanza, nell'offerta economica, dell'analisi dei prezzi delle migliorie proposte, richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara, «*per tutto quanto non previsto nell'elenco prezzi di progetto e non previsto nel prezzario regionale*»;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 5 giugno 2020 con nota prot. n. 41274;

Viste le memorie e la documentazione presentate dalle parti;

Vista la previsione della *lex specialis* di gara circa il contenuto della busta "C – Offerta economica", secondo cui «*In questa busta deve essere contenuta l'offerta economica (Allegato A2), il computo metrico estimativo delle migliorie e l'analisi nuovi prezzi delle migliorie ove presenti con relativi giustificativi per tutto quanto non previsto nell'elenco prezzi di progetto e non previsto nel prezzario regionale con le modalità e fatte salve le eccezioni con i relativi documenti di seguito descritti nel presente disciplinare, a pena di esclusione*»;

Considerato che, dalla documentazione prodotta dall'istante e dall'aggiudicatario, emerge che l'Analisi dei nuovi prezzi delle migliorie non era presente nell'offerta economica dell'aggiudicatario e che l'Analisi dei prezzi unitari è stata presentata dallo stesso, unitamente ad altra documentazione, in sede di giustificazione dell'anomalia dell'offerta;

Considerato che, dalla stessa documentazione, sembra altresì emergere che, contrariamente a quanto sostenuto dall'aggiudicatario, l'analisi dei prezzi delle migliorie avrebbe dovuto, secondo la legge di gara, essere presentata, anche nel suo caso, unitamente all'offerta economica, avendo lo stesso proposto delle lavorazioni migliorative che non trovano riscontro nel prezzario regionale;

Visto il principio generale secondo cui l'Amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto delle previsioni della *lex specialis* della procedura medesima, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo l'eventuale esercizio del potere di autotutela (*ex multis*, Consiglio di Stato, VI, 21 gennaio 2015, n. 215; V, 22 marzo maggio 2019, n. 2991);

Visto tuttavia che, come desumibile dal disciplinare, l'appalto in esame è aggiudicato "a corpo" («*il legale rappresentante o titolare del concorrente, o suo procuratore (...) dd) Dichiara di prendere atto che le indicazioni delle voci e quantità riportate nel "computo metrico estimativo" non ha valore negoziale essendo il prezzo, determinato attraverso la stessa, convenuto a corpo e, pertanto, fisso ed invariabile ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. dddd) del D. Lgs. n. 50 del 18.04.2016 e che quindi, resta a carico dell'impresa stessa l'obbligo di computare, in sede di predisposizione della propria offerta, l'intera opera (...) (kk) Dichiara di prendere atto che si tratta di appalto a corpo e che si intendono comprensive di ogni e qualsiasi onere necessario a dare l'opera finita a regola d'arte e, pertanto, comprende l'esecuzione, fornitura e posa in opera di tutti i lavori e le forniture indicati in progetto, (...)») e l'offerta economica consiste unicamente nella «*dichiarazione di ribasso percentuale sull'importo complessivo dei lavori posto a base di gara*»;*

Considerato il consolidato insegnamento della giurisprudenza secondo cui, in caso di appalto a corpo (art. 59, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016) – in cui la somma complessiva offerta copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali e in cui il corrispettivo è determinato in un ammontare fisso ed invariabile risultante dal ribasso offerto sull'importo a base d'asta – elemento essenziale dell'offerta è unicamente l'importo finale, risultando irrilevanti i prezzi unitari indicati nel c.d. elenco prezzi, in quanto aventi un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare detto importo (Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2019 n. 2875), che restano, quindi, fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e del contratto da stipulare, come pure irrilevante è il computo metrico estimativo (Consiglio di Stato, sez. V, 2 gennaio 2019 n. 13; sez. V, 3 settembre 2018 n. 5161; sez. V, 26 ottobre 2018 n. 6119; sez. V, 3 aprile 2018 n. 2057; sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 15; sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4903; sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963);

Considerato che, sempre secondo ricorrente giurisprudenza, la presentazione di un apposito computo metrico estimativo non è da ritenersi necessaria ai fini della completezza dell'offerta economica neppure in caso di presentazione di soluzione migliorativa, poiché ciascun offerente valorizza le migliori offerte facendole confluire nella determinazione dell'unico ribasso percentuale offerto sull'ammontare complessivo dei lavori, ovvero gli eventuali oneri economici ricollegabili alle proposte migliorative trovano compensazione all'interno dell'offerta economica presentata (Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2726; Sez. V, 23 giugno 2017, n. 2803 e TAR Sardegna, Sez. II, 19 aprile 2017, n. 262, TAR Reggio Calabria, 9 gennaio 2017, n. 8);

Considerato altresì che, come rilevato dal Consiglio, «*è da escludere che l'indicazione dei costi delle migliorie sia richiesta, a pena di esclusione, da una norma di legge, specificamente da una norma contenuta nel codice dei contratti pubblici*» (Consiglio di Stato, 3 maggio 2019, n. 2875);

Considerato, ulteriormente, che, alla luce di quanto sopra, la giurisprudenza ritiene che la clausola della *lex specialis* che richiede la presentazione dei prezzi delle migliorie nell'offerta economica a pena di esclusione sia riconducibile alla fattispecie di divieto di cause di esclusione atipiche e, in quanto tale, affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione («*la richiesta da parte della stazione appaltante di un'indicazione (quella dei costi delle varianti) nell'offerta economica, la cui omissione fosse stata sanzionata con l'esclusione violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione poiché, come detto, trattasi di indicazione non prevista dal codice dei contratti né da altre disposizioni di legge vigenti*», Consiglio di Stato, cit.) e che, in appalti aggiudicati a corpo, in cui comunque resta fermo il prezzo complessivo dell'appalto, la *par condicio* dei

concorrenti non può considerarsi alterata né dalla mancata specificazione del singolo prezzo in sede di offerta economica né dalla sua indicazione postuma, in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, tenuto anche conto che «mentre l'offerta è immodificabile, sono invece modificabili le giustificazioni, così come sono ammesse le giustificazioni sopravvenute e di compensazione tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4978)» (Consiglio di Stato, cit.);

Ritenuto che quanto fin qui considerato con riferimento all'indicazione dei prezzi delle migliorie debba tanto più trovare applicazione con riferimento all'analisi di tali prezzi, che di essi rappresenta la ricostruzione delle modalità di determinazione;

Ritenuto, sulla base di quanto sin qui rilevato, che l'offerta economica dell'aggiudicatario sia da considerarsi completa, anche se priva dell'analisi dei nuovi prezzi delle migliorie che non trovano riscontro nel prezzario regionale, nonostante la richiesta a pena di esclusione contenuta nel disciplinare, poiché tale richiesta è nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, *tamquam non esset*, e come tale disapplicabile dalla stessa stazione appaltante (Cfr., Consiglio di Stato, 15 settembre 2017, n. 4350);

Tenuto anche conto che, nel caso in esame, in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante ha avuto modo di valutare la congruità dell'offerta nel suo complesso («le giustificazioni presentate dal concorrente Falbo S.r.l. sono sufficientemente esaustive e dettagliate in termini di costi della sicurezza e del personale, costi vivi per l'espletamento della fornitura, spese generali, utile d'impresa e condizioni favorevoli per svolgere il servizio, pertanto è possibile ricavare un giudizio complessivamente positivo circa l'affidabilità e la sostenibilità economica dell'offerta», verbale di gara n. 5 del 12 maggio 2020 – seduta riservata);

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'aggiudicazione all'ATI FALBO S.r.l./FBM Tubes S.r.l. sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 luglio 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente