



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 311

DEL 1 aprile 2020

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da _____OMISSIS_____. – Lavori di manutenzione edile e impiantistica complementare presso gli stabili della Direzione generale INPS di Roma – S.A. INPS – Direzione Centrale Acquisti e Appalti - Importo a base d'asta: euro 4.500.000,00

PREC 50/2020/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 14325 del 20 febbraio 2020 presentata da _____OMISSIS_____. che, in veste di concorrente nella gara in oggetto, rappresenta che la stazione appaltante pubblicava due chiarimenti con i quali affermava la possibilità di subappaltare per intero le opere rientranti nella categoria cd. superspecialistica OG11, a qualificazione obbligatoria, che presentava un'incidenza presunta dell'11,11 per cento sul valore dell'appalto. Premesso ciò, l'istante sostiene che – quale conseguenza di tali chiarimenti, che consentivano di partecipare anche se non direttamente in possesso della categoria OG11, e in forza del meccanismo dell'inversione procedimentale prescelto dalla S.A. – si sarebbe verificata una distorsione nel calcolo della soglia di anomalia, che sarebbe risultata diversa se fossero state escluse le concorrenti prive dei requisiti di qualificazione richiesti. L'istante ritiene pertanto che la gara debba essere annullata o che comunque vadano escluse le concorrenti non in possesso dei requisiti di qualificazione nella categoria OG11, e in definitiva chiede parere in ordine alla correttezza dell'operato della S.A;

VISTO l'avvio dell'istruttoria con nota prot. 18716 del 5 marzo 2020;

VISTA la memoria dell'INPS – Direzione centrale Risorse Strumentali e Centrale Unica Acquisti - acquisita al prot. 20170 del 10 marzo 2020, con la quale la S.A. premette di aver indetto la procedura di gara aperta in oggetto, da aggiudicare al minor prezzo, al fine di addivenire alla stipula di un accordo quadro triennale con un solo operatore economico e che, ai fini di speditezza, adottava il meccanismo dell'inversione procedimentale. Quindi essa evidenzia, da un lato, come l'incidenza della categoria OG11 sia stata stimata prudenzialmente nella misura dell'11,11 per cento sull'importo di gara, ma non necessariamente raggiungibile, e dall'altro sottolinea come il meccanismo dell'inversione procedimentale “ontologicamente ricomprende la possibilità di ammettere operatori economici che potrebbero essere esclusi per mancanza di requisiti”. Infine osserva come i chiarimenti forniti dall'amministrazione non possono costituire, per consolidato orientamento della giurisprudenza, integrazione della *lex specialis*, né possono derogare a norme di legge; peraltro gli atti di gara chiaramente esplicitavano la qualificazione obbligatoria delle categorie di lavori in argomento;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO il disciplinare di gara, che all'art. 5 individuava le categorie dei lavori "a qualificazione obbligatoria" e indicava espressamente che la categoria OG11, scorporabile e di incidenza percentuale presunta dell'11,11 per cento sull'importo a base di gara, era subappaltabile nella misura del 30 per cento. Inoltre prevedeva all'art. 20.3 che, nel caso in cui fossero pervenute offerte in numero pari o superiore a 10, "allo scopo di garantire la semplificazione e la speditezza dell'azione amministrativa nella presente procedura, la S.A. si avvarrà del cosiddetto istituto dell'inversione procedimentale di cui al combinato disposto dell'art. 1, co. 3 L. 55 del 14 giugno 2019 e dell'art. 133, co. 8 d.lgs. 50/2016, che consente di esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità dei concorrenti";

VISTI i chiarimenti con cui la S.A. ha fornito risposta ai quesiti posti, in particolare la risposta al quesito n. 7, richiamata anche al quesito n. 14, secondo la quale "La categoria OG11, scorporabile, è interamente subappaltabile in quanto inferiore al 30 per cento dell'appalto";

VISTO l'art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016, a tenore del quale "per le opere di cui all'art. 89, co. 11 e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il 30 per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso";

VISTO il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 23 ottobre 2019, con il quale si prende atto che "l'art. 1, co. 2 L. 55/2019 fino al 31 dicembre 2020 ha esteso ai settori ordinari la disposizione dell'art. 133, co. 8 d.lgs. 50/2016, quindi le stazioni appaltanti possono ora prevedere nei bandi che l'esame delle offerte preceda la verifica dell'idoneità degli offerenti" ed inoltre che "fino al 31 dicembre 2020 la quota subappaltabile non può superare il 40 per cento dell'importo complessivo del contratto";

VISTO l'art. 1, co. 18 L. 55/2019, il quale prevede, fino al 31 dicembre 2020, nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, che il subappalto non possa superare il limite del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto, in deroga all'art. 105, co. 2 del codice, "fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo";

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato Sez. V, Sent. 2 settembre 2019, n. 6013; T.a.r. Sicilia Catania, 12 dicembre 2019, n. 2980), secondo la quale «il c.d. principio di invarianza (a tenore del quale, nella formulazione risultante prima della, non rilevante, integrazione operata con il d.l. 32/2019, conv. con modifiche dalla L. n. 55/2019, "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 delle medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte" – v. art. 95, co. 15 d.lgs. 50/2016), mira a sterilizzare, per comune intendimento, l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara (cfr. Cons. Stato,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841), rendendo irrilevante “la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall’unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest’ultima traendone vantaggio” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4664)»;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, 2 settembre 2019, n. 6026; Cons. Stato, 4 dicembre 2017 n. 5690 e sentenze ivi richiamate) che sottolinea come i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante – aventi ad oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati – sono ammissibili a condizione che non siano tali da modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara. Infatti, “le informazioni rilasciate dall’Amministrazione in sede di chiarimenti hanno una mera funzione di illustrazione delle regole già formate predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione delle condizioni di gara: sicché le regole della *lex specialis* vincolano rigidamente l’operato dell’Amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in forza del principio di tutela della *par condicio* dei concorrenti che sarebbe pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara nel corso della procedura. [...] I chiarimenti sono infatti ammissibili soltanto nella misura in cui rivestano una finalità interpretativa, contribuendo, con un’operazione di mera ermeneutica del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la ratio; tale ammissibilità va invece esclusa allorché, mediante l’attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, così violando il rigoroso principio del rispetto formale della *lex specialis*, posto a presidio dei principi di *par condicio competitorum*, nonché di legalità, trasparenza, buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 della Costituzione”;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la *lex specialis* era chiara nell’indicare che la categoria di opere OG11 era a qualificazione obbligatoria e subappaltabile nei limiti del 30 per cento, in linea con la disciplina recata dall’art. 105, co. 5 d.lgs. 50/2016, e pertanto i chiarimenti resi nel senso della subappaltabilità per l’intero della medesima categoria sono da ritenere inammissibili e tali da non incidere sulla disciplina di gara, che la S.A. è tenuta a rispettare;

CONSIDERATO altresì che la *lex specialis* aveva previsto espressamente che la S.A. si sarebbe avvalsa del meccanismo dell’inversione procedimentale e quindi procedeva all’apertura delle offerte economiche e al calcolo della soglia di anomalia, per poi provvedere a comunicare le riscontrate esclusioni e a formalizzare la graduatoria;

CONSIDERATO infine che, in forza del cd. principio di invarianza recato dal citato art. 95, co. 15 d.lgs. 50/2016 le variazioni eventualmente intervenute successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rilevano ai fini del calcolo delle medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO quindi che, nel caso di specie, non sono accoglibili le doglianze manifestate dall'istante, il quale asserisce che i chiarimenti forniti dalla S.A. avrebbero comportato una distorsione della soglia di anomalia. In realtà non può non rilevarsi come, da un lato, la *lex specialis* è conforme alla normativa di settore laddove espressamente consente la possibilità di subappaltare la categoria OG11 nei limiti del 30 per cento, essendo l'importo della citata categoria superiore al dieci per cento dell'importo a base di gara (cfr. art. 12, comma 2, legge n. 80/2014) – con la conseguenza che non assumono alcuna rilevanza i chiarimenti non in linea con la legge di gara –, dall'altro, nel caso di specie, era stata espressamente prevista dal disciplinare l'applicazione del meccanismo dell'inversione procedimentale. Una volta, pertanto, esaurita la fase delle ammissioni/esclusioni a seguito dell'esame delle offerte economiche la soglia di anomalia restava soggetta al principio di invarianza sancito dal Codice (art. 95, comma 15), anche in caso di esclusione di eventuali concorrenti illegittimamente ammessi (circostanza che peraltro non risulta dimostrata);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- non sono accoglibili le doglianze manifestate dall'istante, il quale asserisce che i chiarimenti forniti dalla S.A. avrebbero comportato una distorsione della soglia di anomalia, stante l'applicazione del meccanismo dell'inversione procedimentale e del principio di invarianza delle medie sancito dall'art. 95, comma 15 del Codice.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 aprile 2020

Per il Segretario Rosetta Greco

Il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia