DELIBERA N. 709

Del 4 agosto 2020.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Soc. Aurea Servizi S.r.l. e dalla Commissione Tributaria Regionale per la Campania – Procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia e igiene ambientale per le CCTT della Campania e del Molise per 12 mesi. Importo a base di gara euro: 206.002,37. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Commissione Tributaria Regionale della Campania

PREC 150/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 79 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Chiarimenti, legittimo affidamento

Massima

Chiarimenti – funzione – interpretazione volontà Amministrazione – legittimo affidamento – deve essere adeguatamente tutelato.

I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio. Solo in presenza di un chiarimento compatibile con una delle possibili interpretazioni della clausola del bando da chiarire, è possibile accordare tutela all'operatore economico che abbia formulato l'offerta confidando sulla lettura della disposizione offerta dall'Amministrazione in sede di chiarimenti.

Chiarimenti – Contrasto con le disposizioni della *lex specialis* da chiarire – Inammissibili - Non vi è spazio per il riconoscimento di un legittimo affidamento.

Con i chiarimenti non sono possibili operazioni manipolative dirette ad attribuire a una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione. Nell'ipotesi di contrasto tra il chiarimento fornito e la disposizione della *lex specialis* da chiarire, non vi è spazio per il riconoscimento di un legittimo affidamento in capo all'operatore economico che abbia formulato l'offerta sulla base dei chiarimenti forniti, difettando i presupposti delle indicazioni concordanti da parte dell'Amministrazione e di un comportamento diligente ed ispirato alla correttezza procedimentale da parte dell'operatore economico.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 4 agosto 2020

DELIBERA

RILEVATO IN FATTO

Con istanza congiunta acquisita al prot. n. 52358 del 10 luglio 2020, la Commissione Tributaria Regionale della Campania e la Soc. Aurea Servizi S.r.l. hanno chiesto un parere sui provvedimenti da adottare nella procedura di gara in oggetto in conseguenza di elementi emersi nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, Aurea Servizi S.r.l.

La Stazione appaltante ha rappresentato di aver indetto una procedura ristretta, a mezzo SDAPA, per l'affidamento dei servizi di pulizia ed igiene ambientale per le CCTT della Campania (lotto 1) e del Molise (lotto 2); all'esito delle operazioni, l'offerta della Aurea Servizi S.r.l. risultava anormalmente bassa e, pertanto, veniva sottoposta a verifica. In sede di giustificativi, la Stazione appaltante appurava che l'operatore economico offriva per la CTP di Caserta un monte ore settimanale (10 ore) inferiore rispetto a quello indicato nella "Relazione tecnica illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio – Calcolo della base d'asta e costo della manodopera – Lotto 1 CCTT Campania" e pari a 30 ore settimanali. Disponeva, pertanto, l'esclusione dalla gara dell'impresa per complessiva inattendibilità e palese non conformità alle richieste formulate nella documentazione di gara, ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a) e lett. c) del D.Lgs 50/2016 e di quanto previsto al paragrafo 13.6 del Capitolato d'oneri.

La Soc. Aurea Servizi chiedeva la riammissione in gara, evidenziando che la suddetta Relazione tecnica illustrativa risultava meramente descrittiva della "situazione occupazionale personale addetto" e non prescriveva obblighi, tantomeno a pena di esclusione. In ogni caso, a tale documento, la scrivente si sarebbe adeguata se non fosse sopravvenuto il chiarimento del 12/12/2019 che, oltre a prescrivere la

necessità di rispettare un monte ore minimo e numero addetti minimo, specificava l'organizzazione da garantire per ciascuna sede e, in particolare, per quella di Caserta indicava un monte ore settimanale pari a 10 ore anziché 30 ore. Inoltre, poiché l'esclusione era stata disposta nell'ambito del subprocedimento di anomalia, l'Amministrazione avrebbe dovuto verificare se, in relazione alla necessità di assicurare un monte ore settimanale di 30 ore – anziché 10 – presso la CTP di Caserta, l'offerta avrebbe potuto essere comunque affidabile ed economicamente sostenibile, essendo ammesse compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione.

La Stazione appaltante confermava le proprie decisioni, valorizzando che alla richiesta di chiarimenti aveva fornito risposta il RUP con PEC dell'11 dicembre, facendo espresso rinvio alla documentazione di gara ed in particolare alla "Relazione Tecnica e calcolo base d'asta e costi manodopera_Lotto1 CCTT Campania" che, in quanto in quanto parte integrante della *lex specialis*, non poteva essere modificata in modo sostanziale da alcun successivo chiarimento. Anche la successiva comunicazione del 12 dicembre, peraltro inviata a mezzo SDAPA e non sottoscritta dal RUP, seppure contenente un errore nell'indicazione nel numero delle ore, faceva espresso rinvio a alla documentazione di gara. D'altra parte, la stessa Aurea Servizi srl aveva mostrato di essere perfettamente a conoscenza delle esigenze della stazione appaltante avendo indicato nella relazione tecnica fasce orarie di servizio presso i singoli uffici idonee a garantire il monte ore settimanale richiesto. Infatti, per quanto concerne la CTP di Caserta, l'aggiudicatario indicava 2 addetti, dal lunedi al venerdi, nella fascia oraria di servizio 17:00 – 20:00.

La Soc. Aurea Servizi S.r.l. faceva pervenire le proprie controdeduzioni. Nel ribadire l'assenza di una previsione che imponesse il rispetto di un monte ore tassativo, tenuto altresì conto del legittimo affidamento riposto sul numero di ore indicate nel chiarimento, rappresentava che nella relazione tecnica non aveva dichiarato di garantire 30 ore settimanali per la CTP di Caserta, ma che si era limitata ad indicare le fasce orarie di intervento per ciascuna sede, come desunte dalla documentazione di gara. Pertanto, gli orari inseriti nella colonna "fascia oraria" non erano indicativi dell'impegno orario giornaliero, ma semplicemente della fascia oraria giornaliera all'interno della quale sarebbe stato effettuato il servizio. Ne è conferma il fatto che anche per le CTP di Avellino e Benevento tali fasce orarie (1,5 ore x 2 addetti x 5 giorni= 15 ore) sono più ampie del monte-ore giornaliero indicato (1 ora x 2 addetti x 5 giorni= 10 ore).

La Stazione appaltante ha domandato, pertanto, se nel contesto descritto sia legittima l'esclusione dalla gara della Soc. Aurea Servizi S.r.l. ovvero se vada accordata tutela al legittimo affidamento da questi riposto nel chiarimento fornito ovvero se deve essere ripetuta l'intera procedura di gara.

Con nota prot. 54513 del 17 luglio 2020 è stato comunicato l'avvio del procedimento.

CONSIDERATO IN DIRITTO

E' noto che i chiarimenti non sono ammissibili allorquando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle; dette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante. Solo nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, le relative precisazioni costituiscono una sorta di interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione aggiudicatrice chiarisce la propria volontà provvedimentale (Cons. di Stato, Sez. V, 23

settembre 2015, sent. n. 4441;. Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4305). In particolare, si è osservato che "*Con i chiarimenti non sono possibili operazioni manipolative, essi sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione*" (Cons. di Stato, Sez. V, 2 settembre 2019, sent. n. 6026; ripresa da Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875).

Sotto altro aspetto, occorre considerare che la tutela del legittimo affidamento postula, *in primis,* che siano state fornite all'interessato rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili dell'Amministrazione. E', inoltre, necessario accertare la conformazione in buona fede (in senso soggettivo) alla situazione giuridica apparente, nel contesto di una condotta del privato - anteriore, contemporanea e successiva all'attività dell'Amministrazione - connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del dovere di correttezza gravante sul medesimo. La tutela del legittimo affidamento non può operare, infatti, quando l'affidamento è riconducibile ad una condotta negligente, imprudente o, addirittura, fraudolenta del privato che entra in contatto con la p.a. Invero, nell'ambito delle trattative precontrattuali, sia la Stazione appaltante sia l'operatore economico sono tenuti al rispetto dei fondamentali canoni della correttezza e della leale collaborazione. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha avuto modo di affermare come "*Il fondamento della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sta in un rapporto di correttezza e di collaborazione, tra il soggetto pubblico e quello privato, che non è mai unidirezionale, ma sempre mutuo e scambievole, considerando che nell'ambito del procedimento amministrativo (a maggior ragione in quello di evidenza pubblica cui partecipano operatori economici qualificati), il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'Amministrazione.*" (Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2019 n. 2614).

Nel contesto sopra descritto, può dunque affermarsi, in via generale, che quando il chiarimento reso dalla Stazione appaltante è volto a precisare il significato di una disposizione della *lex specialis* dal contenuto dubbio ed equivoco, ricorrono i presupposti (rassicurazioni concordanti e precise e buona fede soggettiva) affinché sia tutelato il legittimo affidamento dell'operatore economico che in base al chiarimento fornito abbia presentato la sua offerta. Diversamente, quando i chiarimenti contengano indicazioni che si pongono in netto contrasto con le disposizioni chiarite, non vi è spazio per il riconoscimento di un affidamento legittimo, ovvero incolpevole, per l'assenza sia della univocità delle informazioni fornite dall'Amministrazione, sia della buona fede (in senso soggettivo).

Venendo al caso di specie, in disparte la considerazione per cui un chiarimento - peraltro non sottoscritto dal RUP - giammai potrebbe modificare disposizioni della *lex specialis,* numerosi indici escludono l'esistenza del legittimo affidamento invocato dall'operatore economico. Risulta, infatti, assente l'elemento dell'univocità delle informazioni rese: il chiarimento fornito, lungi dall'integrare un dato numerico assente nella documentazione di gara, conteneva un'indicazione in contrasto con la Relazione illustrativa alla quale, peraltro, la stessa Amministrazione, sia nel chiarimento ufficiale dell'11 dicembre sia in quello successivo del 12 dicembre, aveva fatto espressamente rinvio. Che la documentazione di gara sia stata esaminata e, dunque, conosciuta dall'operatore economico sia prima che dopo il chiarimento reso risulta *per tabulas* dall'offerta tecnica presentata, ove l'istante ha riprodotto le fasce orarie di servizio contenute nella relazione illustrativa. E', pertanto, insostenibile che l'offerta sia stata formulata sulla base del solo chiarimento. Atteso che solo con riferimento alla CTP di Caserta le

indicazioni fornite in sede di chiarimenti si discostavano dalla documentazione di gara, l'errore materiale di digitazione risultava *ictu oculi* evidente, non essendo ragionevolmente sostenibile che l'Amministrazione volesse diminuire la quantità (e qualità) del servizio solo per una sede. In ogni caso, il dovere di correttezza e lealtà che incombe anche sugli operatori economici avrebbe quantomeno imposto di segnalare immediatamente la discrasia, chiedendo delucidazioni sulla reale volontà della Stazione appaltante e non di attendere l'esito della procedura per imputare ad un mero errore materiale la non conformità alla *lex specialis* dell'offerta presentata.

Inconferenti risultano le sentenze citate dalla Soc. Aurea Servizi nelle memorie trasmesse. Invero, in un caso, è stata accordata tutela al legittimo l'affidamento in ragione della contraddittorietà insita nella documentazione di gara (disciplinare e modello per le dichiarazioni) e del chiarimento che avallava le indicazioni del modello (Cons. Stato, 25 novembre 2016. n. 4491). Nel caso di specie, come si è visto, non vi era alcuna contraddittorietà nella documentazione di gara: il monte ore era puntualmente indicato (in grassetto) nella Relazione illustrativa, unico documento ricompreso nella *lex specialis.*

Nell'altra pronuncia, il chiarimento fornito dall'Amministrazione neppure riguardava una disposizione della *lex specialis* bensì l'interpretazione dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006 ed in particolare l'intestazione della cauzione provvisoria in caso di partecipazione in RTI. Solo riconoscendo la generale incertezza applicativa dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006 (incertezza che, nel caso in esame, non è dato rinvenire nella documentazione di gara) che è stata accordata tutela alla buona fede dell'operatore economico attenutosi alle indicazioni contenute nel chiarimento (Cons. Stato, 2 dicembre 2015, n. 5454).

Quand'anche si accedesse alla diversa ricostruzione offerta dall'istante e, tutelando l'affidamento incolpevole, si considerasse valida l'offerta presentata, parimenti risulterebbe legittima l'esclusione dalla gara per l'insostenibilità dell'offerta economica. L'istante ha offerto, infatti, per la sede di Caserta un monte ore inferiore quasi del 70% rispetto alle ore indicate nella documentazione di gara e attualmente garantite dal gestore uscente del servizio. Peraltro, si noti che le ore offerte per la CTP di Caserta sono le stesse offerte per la CTP di Benevento e di Avellino, nonostante la consistente differenza di metratura tra le sedi (CTP Avellino 258 mq; CTP Benevento 262 mq; CTP Caserta 797 mq). Appare, pertanto, coerente ed esente da vizi di logicità la valutazione di non sostenibilità dell'offerta formulata dalla Stazione appaltante. Non può essere invocata la giurisprudenza che sostiene l'ammissibilità di compensazioni tra sovrastime e sottostime. Nella relazione tecnica, infatti, la Soc. Aurea Servizi ha espressamente dichiarato di formulare la sua offerta "*nel rispetto del chiarimento del 12/12/2019 dove lo Spett.le Ente sostanzia la tassatività delle ore da effettuare, del relativo numero degli addetti per singola sede e delle sostituzioni. Tale impegno pertanto vincolerà la Scrivente a rispettare in fase esecutiva quanto dichiarato in offerta. Tale onere/obbligo distingue la Soc. Aurea Servizi da tutte le società offerenti che non renderanno tale dichiarazione di impegno in offerta tecnica*...". Nel chiarimento, come si è visto, la Stazione appaltante non ha affatto indicato un monte ore complessivo per le diverse sedi ma ha specificato, per ogni CTP, il numero di addetti, le ore da effettuare e la frequenza settimanale. Ed allora, se l'offerta è stata formulata sulla base del chiarimento fornito, è evidente che le ore indicate per ciascuna sede non possono che essere tassative e non rimodulabili in aumento/diminuzione per operare compensazioni. In altri termini, la Soc. Aurea Servizi non potrebbe affermare che le ore indicate per una qualsiasi CTP sono eccessive e quindi utilizzabili in compensazione per la CTP di Caserta, in quanto una simile operazione si tradurrebbe in un'inammissibile modifica dell'offerta e, ancora una volta, nella non conformità della stessa alle specifiche richieste della Stazione appaltante (anche a quelle precisate nel chiarimento, sulla base delle quali è stata formulata l'offerta).

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara della Soc. Aurea Servizi S.r.l.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente