



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 344 DEL 5 aprile 2018

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da De Angelis Costruzioni S.r.l./SUA di Bugnara – Comune di Introdacqua. Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di lavori di costruzione di marciapiedi in viale Tripoli nel Comune di Introdacqua. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 259.656,28 euro.

PREC. 32/18/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 61136 del 2 maggio 2017 con cui la società De Angelis Costruzioni chiede all'Autorità un parere sulla legittimità dell'operato della stazione appaltante nella gara in oggetto. In particolare, chiede se sia legittima la modifica della soglia di anomalia a seguito dei provvedimenti di esclusione e riammissione che ha portato all'aggiudicazione in favore di altro concorrente, la Giancaterino Costruzioni S.r.l.; chiede inoltre se l'obbligo di indicare i costi di sicurezza aziendali possa comportare l'esclusione automatica e immediata o sia ammissibile sanare la carenza attraverso l'istituto del soccorso istruttorio;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30 gennaio 2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

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;

RILEVATO che l'ente appaltante, nella procedura in oggetto, dopo aver calcolato la soglia di anomalia ai sensi dell'art. 7 comma 2 lett. a) Dlgs. 50/2016, secondo il metodo di calcolo sorteggiato, ha individuato la miglior offerta e aggiudicato provvisoriamente l'appalto alla concorrente De Angelis Costruzioni; poi, a seguito di ulteriori verifiche effettuate, la stazione appaltante ha escluso alcune imprese e riammesso altre e ha proceduto a ricalcolare la soglia di anomalia e ad aggiudicare alla Giancaterino Costruzioni S.r.l., ritenendo l'offerta presentata dalla stessa più vicina alla soglia così modificata; l'istante è stata anch'essa esclusa tra le altre per mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale, senza applicazione del soccorso istruttorio;

CONSIDERATO che, la norma di cui all'art. 95 comma 15 D.lgs.50/2016 preclude la variazione della soglia di anomalia una volta conclusasi la fase di ammissione ed esclusione delle offerte. La disposizione ripropone testualmente quanto già previsto dall'art. 38 comma 2 bis Dlgs. 163/2006,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

come modificato dal d.l. 90/2014 che ha introdotto il cd. “principio di invarianza della soglia di anomalia delle offerte”;

CONSIDERATO che la giurisprudenza maggioritaria è nel senso di ritenere che il disposto normativo riferisca l’affermazione del principio di invariabilità della soglia anche nella fase in cui vi è stata la sola aggiudicazione provvisoria o meglio *proposta di aggiudicazione* (vd. Cons. di Stato, sez. V 23 febbraio 2017; n. 847 e 26 maggio 2015, n. 2609, nonché Tar Piemonte sez. II, 17 maggio 2017, n.631);

CONSIDERATO che ratio della disposizione, che integra un’espressa eccezione all’ordinario meccanismo del regresso procedimentale, è quella di assicurare stabilità agli esiti dei procedimenti di gara, semplificare le procedure e disincentivare forme di tutela indiretta e opportunistica, scongiurando gli effetti indiretti sulla soglia di anomalia delle ammissioni ed esclusioni disposte ad offerte economiche note;

RILEVATO il diverso avviso espresso dal C.G.A. per la Regione Sicilia e dalla sez. III del Cons. di Stato (n. 4107/2016) che ha sostenuto esista il potere dell’amministrazione di agire in autotutela anche dopo l’aggiudicazione provvisoria maturandosi la preclusione al momento dell’aggiudicazione definitiva, giacché, una volta resi noti i ribassi e quindi tutti i parametri di calcolo della soglia di anomalia non si può reclamare un danno derivante da eventuali modifiche nella platea dei concorrenti se queste non possono più incidere sulla sua individuazione per un espresso vincolo di legge;

RITENUTO, ciò nonostante, che la ratio legis del dettato normativo coerente con l’impianto complessivo del D.lgs. 50/2016 sia nel senso di privilegiare un’evidente semplificazione procedurale e misure che costituiscano disincentivo a forme di tutela indiretta e opportunistica, proposta anche da soggetti terzi con l’unico obiettivo di modificare la platea dei concorrenti (vd. Parere di Prec. Delibera n. 214 del 1 marzo 2017; Parere di prec. 203/17/L delibera n.1339 del 20 dicembre 2017);

RITENUTO quindi che non è legittimo il ricalcolo della media e della soglia di anomalia a seguito dell’esclusione dalla gara di alcuni operatori economici pronunciata successivamente all’avvenuta aggiudicazione provvisoria;

RITENUTO inoltre che, per sanare l’omessa indicazione degli oneri della sicurezza aziendale, la stazione appaltante è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, nonché secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 novembre 2016, ovvero previa verifica della natura degli stessi e conseguente esperibilità del soccorso istruttorio nel solo caso di carenza di forma. Quindi l’eventuale integrazione dell’indicazione degli oneri è ammissibile soltanto ove non sussista



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

incertezza sulla congruità dell'offerta stessa, anche con riferimento specifico alla percentuale di incidenza degli oneri ed il bando non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione per il caso dell'omessa precisazione dei suddetti costi (vd. Adunanza Plenaria del luglio 2016 n. 19, e in senso conforme cfr. TAR Lazio, Sez. II Ter, 20 luglio 2017, n. 8819, nonché Delibera n.1081 del 25 ottobre 2017 Prec. 263/17/S);

RITENUTO quindi che, nel caso di specie, ricorrano i presupposti per l'applicazione della disciplina del soccorso istruttorio, in quanto non risulta prevista nel bando l'indicazione espressa dell'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza aziendale e che quindi correttamente la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla richiesta di integrazione della domanda di partecipazione alle imprese che non li avessero indicati;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione l'operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 aprile 2018

Il Segretario Maria Esposito