

DELIBERA N. 602

28 luglio 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Europa Trading S.r.l. –Procedura aperta, in modalità telematica per la conclusione di accordi quadro per l'affidamento quadriennale in lotti separati della fornitura, in conto deposito, di DM per osteosintesi (placche e viti, sistemi di inchiodamento, fissatori, cambre, fili, viti da interferenza, ancore e materiale per ricostruzioni legamentose) occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: € 394.122.730,00 - S.A.: ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale

PREC 157/2021/F

Riferimenti normativi

Articolo 59, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50/2016

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

Parole chiave

Tassatività cause esclusione – Offerta economica pari alla base d'asta

Massima

Tassatività cause esclusione – Offerta economica pari alla base d'asta

E' nulla per violazione del principio di tassatività della cause di esclusione la clausola della *lex specialis* che prevede l'esclusione dalla gara delle offerte il cui importo sia pari al prezzo a base di gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 28 luglio 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. n. 49214 del 21 giugno 2021, nella quale l'operatore economico Europa Trading S.r.l. ha censurato l'esclusione dalla gara disposta nei suoi confronti per avere presentato un'offerta economica, per alcune voci di prezzo, pari alla base d'asta. L'istante ha riferito di essere stato escluso da 15 lotti (sui 107 messi a gara) in applicazione di una clausola del disciplinare che prescrive l'esclusione delle offerte «in cui l'importo di ciascuna voce, l'importo delle voci obbligatorie e l'importo complessivo del lotto sia superiore o pari al prezzo a base di gara, così come definito all'art. 5 del presente disciplinare o per ribassi pari a 0,00» (art. 18.1 disciplinare). Ad avviso dell'istante, il divieto, a pena di esclusione, di presentare offerte economiche pari alla base d'asta sancito dalla richiamata disposizione, contrasterebbe con alcuni passaggi della *lex specialis* dove il prezzo a base d'asta è definito "insuperabile", a conferma della legittimità di offerte economiche pari alla base d'asta, e tale contraddittorietà della documentazione di gara avrebbe imposto alla stazione appaltante una interpretazione della *lex specialis* coerente con il principio del *favor participationis*. In ogni caso, la richiamata clausola sarebbe nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio di

tassatività delle cause di esclusione, in quanto non prevista né dal Codice né da altre previsioni di legge vigenti. Con riferimento all'interesse pubblico all'individuazione dell'offerta più conveniente, l'impresa ha anche evidenziato come la propria esclusione abbia penalizzato la stazione appaltante perché, nonostante il mancato ribasso di alcune voci, il ribasso complessivo praticato sul singolo lotto era sostanzioso e, su alcuni lotti, il più competitivo tra tutti i concorrenti;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 9 luglio 2021 con nota prot. n. 53686;

Visto quanto replicato dalla stazione appaltante, con nota acquisita al prot. n. 54380 del 13 luglio 2021, secondo la quale, sulla base di una simulazione calcolata attribuendo "zero" al punteggio economico, come previsto dalle Linee guida n. 2 di Anac recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", richiamate nell'istanza di parere, Europa Trading S.r.l. non sarebbe risultata aggiudicataria di nessuno dei lotti dai quali è stata esclusa. La stessa argomentazione è stata ribadita, con nota acquisita al prot. n. 55277 del 15 luglio 2021, dall'operatore economico interessato Orthofix S.r.l., il quale, su tali basi, ha anche eccepito la carenza di interesse dell'istante all'ottenimento del parere. La stazione appaltante ha altresì evidenziato che l'esclusione di offerte di importo uguale alla base d'asta, oltre a essere sancita nell'art. 18.1 del disciplinare, è stata anche ribadita, in risposta a vari quesiti, all'interno dei chiarimenti di gara, di cui l'istante ha dichiarato di avere preso visione e di avere accettato avendo firmato digitalmente la dichiarazione in tal senso;

Vista la successiva memoria, acquisita al prot. n. 54883 del 14 luglio 2021, nella quale l'istante ha puntualizzato di avere presentato un'offerta pari alla base d'asta solo per alcune voci di prezzo componenti l'offerta economica complessiva ma non per l'importo complessivo posto a base d'asta per ciascun lotto, rispetto al quale l'offerta è, al contrario, risultata inferiore alla base d'asta, per ognuno dei lotti per i quali è stata presentata. Pertanto, in applicazione della formula di calcolo del punteggio economico prevista dal disciplinare, riferita all'offerta complessiva del lotto, sarebbe risultato aggiudicatario in 13 dei 15 lotti da cui è stato escluso. L'attribuzione di un punteggio economico complessivo pari a zero simulata dalla stazione appaltante sarebbe fuorviante e non in linea con quanto illustrato nelle Linee guida n. 2, che prevedono l'attribuzione del punteggio minimo pari a zero all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Ritenuta infondata l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse concreto al conseguimento del parere (art. 7, comma 1, lett. g), Regolamento precontenzioso). Nelle Linee Guida n. 2, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", nell'illustrare la valutazione degli elementi quantitativi dell'offerta, è chiarito che *«Per quanto concerne gli elementi di natura quantitativa, quali il prezzo, di regola nei bandi è fissato il prezzo massimo che la stazione appaltante intende sostenere (non sono ammesse offerte al rialzo (cfr. art. 59, comma 4, lett. c) del Codice) e i concorrenti propongono sconti rispetto a tale prezzo. Il punteggio minimo, pari a zero, è attribuito all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, mentre il punteggio massimo all'offerta che presenta lo sconto maggiore»*. Il principio trova applicazione nel caso in cui il punteggio economico sia calcolato, come illustrato nelle Linee guida e come nel caso di specie (cfr. art. 19.3 del disciplinare), tramite una formula che ancora l'attribuzione del punteggio economico all'entità del ribasso. Nel caso in esame, l'importo a base d'asta è rappresentato, per ogni lotto, dall'importo complessivo quadriennale (art. 5 del disciplinare). L'art. 18.1 del disciplinare è chiaro nel prevedere che l'offerta economica *"Viene generata dal sistema ed è determinata dal ribasso percentuale, espresso con max 5 cifre decimali, offerto dall'operatore economico rispetto all'importo quadriennale delle voci obbligatorie a base d'asta di ogni singolo lotto, IVA esclusa"*. Dalle dichiarazioni delle parti e dalla documentazione in atti, risulta che l'istante, pur avendo offerto per alcune voci dell'offerta un prezzo uguale a quello massimo, ha presentato, per ogni lotto, un'offerta complessiva migliorativa rispetto all'importo quadriennale posto a base d'asta. Appare pertanto priva di fondamento l'attribuzione di un

punteggio pari a zero, come simulato dalla stazione appaltante, e del pari ingiustificato il conseguente posizionamento dell'istante in coda alla graduatoria di ciascun lotto. Di contro, dalla simulazione dell'istante basata sullo sconto praticato sull'offerta complessiva, emerge che Europa Trading sarebbe risultata aggiudicataria di 13 lotti dei 15 da cui è stata esclusa. Con conseguente evidente interesse all'emissione del parere;

Considerata la clausola del disciplinare oggetto di censura, si rileva che essa appare invero non esente da ambiguità. In primo luogo, nello stesso articolo del disciplinare è prevista l'ulteriore clausola che, in applicazione dell'art. 59, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, limita l'inammissibilità delle offerte al caso di superamento della base d'asta («*Sono inammissibili le offerte economiche che superino l'importo a base d'asta*», pag. 36 del Disciplinare). Inoltre, così come formulata, non sancisce chiaramente la rilevanza ai fini dell'esclusione dell'assenza di sconto anche per una sola voce dell'offerta; anzi l'espressione utilizzata "*Saranno escluse dalla gara le offerte in cui l'importo di ciascuna voce (...) e l'importo complessivo del lotto sia superiore o pari al prezzo a base di gara*" sembra al contrario prevedere l'esclusione nel caso in cui non solo l'importo complessivo del lotto ma anche l'importo di tutte le voci dell'offerta sia pari (o superiore) alla base d'asta. Al chiarimento non contribuisce neppure il richiamo all'art. 5 del disciplinare, cui la clausola rinvia per la definizione del prezzo a base di gara, nel quale è indicato esclusivamente l'importo complessivo quadriennale in quanto base d'asta dell'intero lotto, ma non anche il prezzo a base di gara delle singole voci. Tenuto anche conto che, come rilevato dall'istante, in più passaggi della *lex specialis* il prezzo a base d'asta è definito "*insuperabile*", non pare irragionevole ritenere che la disciplina dettata sul punto dalla documentazione di gara sia suscettibile di avere ingenerato incertezze interpretative tra i concorrenti, soprattutto con riferimento alla necessità di ribasso non solo per l'offerta complessiva ma anche per ogni voce dell'offerta – ipotesi in cui versa l'odierna istante – e che pertanto avrebbe dovuto essere applicata dalla stazione appaltante preferendo l'interpretazione che avrebbe consentito la permanenza del concorrente in gara, in applicazione del consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara, non può legittimamente aderirsi all'opzione che comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (Cfr., *ex multis*, Cons. Stato n. 2232/2017; n. 869/2017);

Ritenuto che la precedente considerazione appare superata dall'assorbente rilievo della nullità della clausola in esame, come interpretata dalla stazione appaltante, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. L'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 fissa il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, comminando la nullità di tutte le previsioni della *lex specialis* che stabiliscono cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate dal d.lgs. n. 50/2016 o da altre disposizioni di legge vigenti. La novella, introdotta per la prima volta dal d.l. n. 70/2011 tramite la modifica apportata all'art. 46 del Codice del 2006, è ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento e ha sottratto alla stazione appaltante la facoltà di introdurre nella legge di gara adempimenti imposti a pena di esclusione - ma anche di inammissibilità, decadenza e irricevibilità - diversi da quelli compresi nel *numerus clausus* indicato dalla norma. Venendo alla clausola in esame, il Codice non vieta a pena di esclusione la presentazione di offerte economiche pari alla base d'asta, limitandosi a sancire l'inammissibilità delle offerte il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara (art. 59, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50/2016) né altre disposizioni di legge prevedono una simile causa di esclusione. Come già evidenziato nel parere di precontenzioso n. 479/2018, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, il prezzo è uno degli elementi di natura quantitativa (come, ad esempio, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe) di cui si compone l'offerta, riguardo ai quali gli operatori economici possono fare offerte migliorative rispetto a quanto previsto nel bando di gara. L'offerta di un prezzo pari alla base d'asta, e quindi recante un ribasso pari a zero, è una delle offerte possibili, non è migliorativa ma è ammissibile e non determina l'esclusione dell'operatore economico. La giurisprudenza è anche giunta a ritenere ammissibile



l'adozione di una formula per il calcolo del punteggio economico che collega il punteggio non al ribasso ma al valore assoluto dell'offerta economica, con il risultato di attribuire all'offerta che non offre alcuno sconto rispetto alla base d'asta un punteggio positivo anziché zero (Cfr. Cons. Stato, V, n. 6639/2018). L'assenza di un divieto, sancito normativamente, di presentazione di offerte pari alla base d'asta, in uno con il principio di tassatività delle cause di esclusione che, in accordo con la giurisprudenza, è da ritenersi "insuperabile" (*«Diversamente opinando si finirebbe per compromettere l'esigenza di certezza e par condicio che ispira l'intero sistema degli appalti pubblici e, in particolare, la disciplina degli obblighi fissati a pena d'esclusione»*, Cons. Stato, III, n. 438/2017), porta a ritenere che la clausola in esame, come interpretata dalla stazione appaltante, sia nulla. La sanzione della nullità determina l'automatica inefficacia delle previsioni del bando *contra legem*, che sono disapplicabili direttamente dal seggio di gara, senza necessità di attendere l'eventuale annullamento giurisdizionale (Cons. Stato, VI, n. 4350/2017);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione la clausola della *lex specialis* che prevede l'esclusione dalla gara delle offerte pari al prezzo a base di gara;
- non conforme alla normativa di settore l'esclusione di Europa Trading S.r.l..

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 agosto 2021
Per Il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente