

## **Parere n. 166 del 23/09/2010**

### **PREC 20/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Galluccio – Lavori di completamento e adeguamento alle norme di sicurezza e accesso ai disabili dell'impianto sportivo polivalente alla frazione S.

Clemente e realizzazione di solare termico – Importo a base d'asta €90.513,01 – S.A.: Comune di Galluccio (CE).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 14 gennaio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Galluccio, in qualità di stazione appaltante, ha rappresentato di aver indetto la procedura aperta per l'affidamento dei lavori in oggetto con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante offerta a prezzi unitari, ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 90 del D.P.R. n. 554/1999 – come stabilito dal punto 2 del bando di gara – trattandosi di appalto di lavori “a misura”.

Al riguardo la stazione appaltante ha riferito che, in sede di gara, è stato considerato il ribasso indicato da ciascuna impresa concorrente all'interno del “*Documento A: Lista delle lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dell'opera o dei lavori*” senza effettuare alcuna correzione dipendente dai prezzi unitari e dai loro totali, ritenendo di agire in conformità a quanto stabilito dal disciplinare di gara, a pag 15, e dalla normativa vigente (art. 90, comma 7 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554), sostanzialmente riprodotta nella *lex specialis*.

Tuttavia, in sede di aggiudicazione provvisoria, la seconda classificata, ditta Parente Attilio e Riccardo di Veroli (ribasso 34,064%), atteso il limitato distacco dalla prima classificata ditta Russo s.a.s. di Marcianise (ribasso 34,100%), paventando “*eventuali errori di calcolo che possono far variare le percentuali di ribasso*” ha formulato formale istanza di revisione di detta aggiudicazione provvisoria – successivamente inoltrata anche a questa Autorità – richiedendo lo svolgimento della verifica e correzione di tutti i ribassi degli offerenti con le seguenti modalità: tenendo fissi e invariati i prezzi unitari offerti, effettuando la moltiplicazione del prezzo unitario per la quantità di progetto, pervenendo quindi al totale di ogni voce di elenco, sommando poi tutti i totali delle voci ottenendo così l'importo offerto e calcolando, infine, la stazione appaltante medesima la conseguente percentuale di ribasso in base alla quale effettuare l'aggiudicazione, non considerando invece il ribasso indicato da ciascuna impresa concorrente all'interno del “Documento A Lista delle categorie”.

La stazione appaltante ha chiesto, pertanto, il parere dell'Autorità in ordine alla correttezza del comportamento adottato con l'aggiudicazione provvisoria senza l'effettuazione di tale operazione di verifica.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la seconda classificata ditta Parente Attilio e Riccardo ha ribadito la contestazione mossa in sede di gara, mentre la ditta Russo s.a.s., prima classificata, ha formulato specifiche controdeduzioni ritenendo che, sulla scorta del disposto normativo di cui all'art. 90, comma 7 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, la invocata verifica non dovesse essere svolta, almeno sino all'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto.

## *Ritenuto in diritto*

La questione controversa portata all'attenzione di questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto riguarda la necessità o meno di svolgere da parte della stazione appaltante, in sede di aggiudicazione provvisoria, la invocata verifica e correzione di tutti i ribassi degli offerenti in caso di affidamento di lavori con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante offerta a prezzi unitari ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 90 del D.P.R. n. 554/1999, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 90, comma 7 del citato D.P.R. n. 554/1999, il cui contenuto è stato sostanzialmente riprodotto nel disciplinare di gara, a pag 15.

L'analisi, pertanto, deve partire dalla citata disposizione regolamentare ancora vigente, che recita: *“7. La stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, procede alla verifica dei conteggi presentati dall'aggiudicatario tenendo per validi e immutabili i prezzi unitari e correggendo, ove si riscontrino errori di calcolo, i prodotti o la somma di cui al comma 2. In caso di discordanza fra il prezzo complessivo risultante da tale verifica e quello dipendente dal ribasso percentuale offerto tutti i prezzi unitari sono corretti in modo costante in base alla percentuale di discordanza. I prezzi unitari offerti, eventualmente corretti, costituiscono l'elenco dei prezzi unitari contrattuali”*.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come tale disposizione preveda in sostanza una regola di “chiusura” del sistema per rimuovere le incongruenze interne dell'offerta, in modo da definirne esattamente i contenuti ai fini dell'esecuzione del contratto; e infatti la norma regolamentare in esame prevede che la prescritta operazione di verifica – affidata alla stazione appaltante – si svolga in un momento successivo all'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2003, n. 4145).

E', invece, precluso alla Commissione di gara ogni intervento correttivo sull'offerta ai fini dell'aggiudicazione, come dimostra la previsione del sesto comma del citato art. 90 del D.P.R. n. 554/1999 secondo la quale: *“Nel giorno e nell'ora stabiliti nel bando di gara, l'autorità che presiede la gara apre i plichi ricevuti e contrassegna ed autentica le offerte in ciascun foglio e le eventuali correzioni apportate nel modo indicato nel comma 5; legge ad alta voce il prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale e procede all'aggiudicazione in base al ribasso percentuale indicato in lettere ai sensi di quanto previsto all'articolo 89, commi 2 e 4”*. Ciò conferma che, in questa fase del procedimento, tra i poteri della Commissione non rientra la correzione delle offerte, ma solo la valutazione di congruità di quelle risultate anomale, in applicazione delle disposizioni di legge, restando fermo l'obbligo di aggiudicazione a quella che, superata la verifica condotta in base alle giustificazioni, abbia offerto il maggior ribasso percentuale indicato in lettere, in coerenza con il disposto del precedente comma 2 del medesimo art. 90 del D.P.R. n. 554/1999, il cui dato testuale è tassativo nello stabilire – dopo aver indicato le regole per la compilazione dell'offerta – che: *“Il prezzo complessivo ed il ribasso sono indicati in cifre ed in lettere. In caso di discordanza prevale il ribasso percentuale indicato in lettere”*.

In nessun caso, quindi, è consentito alla Commissione, ai fini dell'aggiudicazione, di modificare il contenuto sostanziale delle offerte presentate dalle imprese concorrenti, essendo esse manifestazione della loro libertà contrattuale, mentre (ex art. 90, commi 2 e 7 cit.) sono ammissibili solo correzioni di errori materiali nella compilazione dell'offerta, *ictu oculi* rilevabili (cfr. ad es. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 23 giugno 2006, n. 5092).

In tale ottica, pertanto, va ribadito che dal disposto dell'art. 90, comma 7 del D.P.R. n. 554/1999, interpretato in coerenza con quanto prescritto nel precedente comma 6, è desumibile il principio di valenza generale secondo cui *“l'elemento dell'offerta che assume carattere vincolante per la stazione appaltante è il ribasso percentuale”* (TAR Abruzzo, Pescara 14 marzo 2007 n. 325), che

costituisce, pertanto, il dato decisivo di riferimento in base al quale, non solo si identifica l'offerta (comma 6), ma si effettua (“*dopo l’aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto*”, comma 7) la correzione delle eventuali discordanze tra i prezzi unitari, comunque indicati, e la detta percentuale, adeguandoli a quest’ultima (cfr. ad es. Consiglio Stato, Sez. V, 10 novembre 2003, n. 7134).

La descritta procedura dettata dal Regolamento è evidentemente tesa a lasciare a carico dell’offerente il rischio di errori di calcolo nella compilazione della lista prezzi, ponendo sullo stesso l’onere di indicare, oltre al prezzo complessivo, anche il conseguente ribasso percentuale (cfr. parere dell’Autorità n. 17 del 27 settembre 2007).

Dal dato normativo così inteso emerge, ai fini di interesse nella fattispecie in esame, che la verifica prevista dal legislatore nel citato art. 90, comma 7 del D.P.R. n. 554/1999 e richiamata nel disciplinare di gara va effettuata solo dopo l’aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, che detta verifica presuppone la rilevazione di una discordanza tra i prezzi unitari, comunque indicati, e la percentuale di ribasso e che quest’ultima costituisce comunque il parametro vincolante, il che rende in sostanza irrilevanti gli eventuali errori commessi nella redazione dell’offerte per quanto concerne i prezzi unitari, in quanto se ne prevede la correzione alla stregua della percentuale di ribasso (Consiglio Stato, n. 7134/2003 cit.).

Alla luce di quanto sopra, nel caso di cui trattasi, anche in assenza di peculiari e diverse indicazioni della *lex specialis* – che si è limitata a riprodurre la disciplina prevista dall’art. 90, comma 7 del D.P.R. n. 554/1999 – non paiono emergere i presupposti per l’attivazione della verifica richiesta dalla seconda classificata, ditta Parente Attilio e Riccardo, in specie a fronte dello stato della procedura di gara (aggiudicazione provvisoria e non definitiva) e della mancata indicazione di una effettiva discordanza nei termini predetti, avendo la parte interessata invocato unicamente il limitato scarto tra i ribassi offerti e paventato “*eventuali errori di calcolo che possono far variare le percentuali di ribasso*”.

In proposito, va altresì evidenziato come la semplice istanza della seconda classificata non imponga alla stazione appaltante di provvedere nella situazione di gara in atto, pena l’aggravamento del procedimento già disciplinato *ex lege* anche nei presupposti. Peraltro, nulla impedisce alla stazione appaltante di procedere ad immediate verifiche in caso di emergenza di elementi contraddittori o discordanti, ma ciò esclude la sussistenza di un obbligo di provvedere alla invocata verifica in una fase anteriore a quella prevista *ex lege* ed in assenza dell’indicazione dei relativi presupposti.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il comportamento adottato dalla stazione appaltante in sede di aggiudicazione provvisoria sia conforme alla vigente normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 04 ottobre 2010*