

## Parere n. 56 del 23 marzo 2011

### PREC 275/10/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 San Sebastiano al Vesuvio – Lavori di riqualificazione ed adeguamento alle norme sull'inquinamento luminoso e contenimento energetico degli impianti di pubblica illuminazione al viale delle Industrie e via degli Astronauti – Importo a base d'asta: €836.147,29 – S.A.: Comune di San Sebastiano al Vesuvio (NA).

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 21 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di San Sebastiano al Vesuvio ha rappresentato a questa Autorità un dubbio in ordine alla legittimità della previsione della *lex specialis* che, ammettendo le variazioni progettuali (ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. 163/2006) e consentendo nell'ambito di esse ai concorrenti di integrare o ridurre le quantità ritenute carenti o eccessive nonché di inserire le voci e le relative quantità ritenute mancanti o insufficienti, ha richiesto ai partecipanti la dichiarazione di presa d'atto, di cui all'art. 90, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, della irrilevanza dell'indicazione delle voci e relative quantità sull'importo complessivo dell'offerta, che resta fisso e invariabile ai sensi dell'art. 53, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006. Il suddetto dubbio è sorto in quanto la norma regolamentare in questione è espressamente dettata in relazione all'ipotesi di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, mentre nella fattispecie in esame il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma è stato, tuttavia, precisato – con determina del 14 settembre 2010, recante il “*chiarimento n. 2*” ed il *differimento del termine di presentazione delle offerte – che “il contratto verrà stipulato a corpo così come previsto all'art. 53, co. 4 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.”*.

Conseguentemente, l'Amministrazione comunale ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla gara disposta nei confronti di quei concorrenti che, pur essendosi avvalsi della facoltà consentita dal bando di presentare variazioni progettuali implicanti modifiche di voci e/o quantità non abbiano corredato la propria offerta della prescritta dichiarazione ex art. 90, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 2 dicembre 2010, hanno fatto seguito, in data 13 dicembre 2010, le deduzioni fornite dalla medesima stazione appaltante, che ha sostenuto l'opportunità di acquisire la dichiarazione di cui si controverte in un caso, come quello in esame, di “intervento” del concorrente su “voci” e “quantità”, onde evitare che detto intervento possa interpretarsi come tale da limitare l'operatività della clausola “a corpo”,

con conseguente legittimità dell'esclusione dalla gara dei concorrenti che non hanno reso la prescritta dichiarazione.

In data 16 dicembre 2010 sono prevenute, altresì, le considerazioni dell'aggiudicataria provvisoria A.T.I. CO.M.I. s.r.l. – E.DI.CA. Costruzioni s.r.l., che ha ribadito la previsione a pena di esclusione della richiesta dichiarazione, con conseguente necessità dell'esclusione del concorrente che ha disatteso la specifica prescrizione della *lex specialis* ed impossibilità di apportare integrazioni alla documentazione presentata per la partecipazione alla gara, pena la violazione del principio della *par condicio*.

Infine, ha partecipato al contraddittorio, in data 20 dicembre 2010, anche l'A.T.I. S.I.G.E. s.r.l. – Mollo Salvatore JR & C. s.n.c., esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, la quale ha sostenuto che, tenendo conto della *ratio* della dichiarazione di cui all'art. 90 comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, l'offerta economica prodotta dall'A.T.I. medesima, utilizzando peraltro l'apposito "MODELLO A1" all'uopo predisposto dalla stessa stazione appaltante, era da ritenersi soddisfacente dell'onere dichiarativo richiesto dalla *lex specialis* di gara.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame investe due distinti profili: quello della legittimità della richiesta ai concorrenti, nel caso di specie, della dichiarazione di presa d'atto di cui all'art. 90, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, prevista al punto 2 della Sezione XI.4 del bando di gara e quello, strettamente connesso, della legittimità dell'esclusione dalla gara dei concorrenti che non hanno presentato tale dichiarazione.

Ai fini della definizione della controversia nei termini sopra individuati, occorre preliminarmente partire dal dettato della norma regolamentare in rilievo nella fattispecie in esame, ricordando che l'art. 90, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, tuttora vigente, in relazione ai casi di aggiudicazione "al prezzo più basso" mediante "offerta a prezzi unitari" prevede che: "*Nel caso di appalto integrato nonché nel caso di appalti i cui corrispettivi sono stabiliti esclusivamente a corpo ovvero a corpo e a misura, la lista delle quantità relativa alla parte dei lavori a corpo posta a base di gara ha effetto ai soli fini dell'aggiudicazione; prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllare le voci riportate nella lista attraverso l'esame degli elaborati progettuali, comprendenti anche il computo metrico, posti in visione ed acquisibili. In esito a tale verifica il concorrente è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale nonché negli altri documenti che è previsto facciano parte integrante del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, da una dichiarazione di presa d'atto che l'indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull'importo complessivo dell'offerta che, seppure determinato attraverso l'applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni, resta fisso ed invariabile ai sensi degli articoli 19, comma 4 e 21, comma 1, della legge*".

La *ratio* della dichiarazione di "presa d'atto" prescritta dalla citata disposizione regolamentare è chiaramente quella di confermare l'invariabilità dell'importo complessivo offerto "a corpo" in un caso, come quello dell'offerta a prezzi unitari, in cui il concorrente, previo controllo dei documenti di gara (lista delle lavorazioni ed elaborati progettuali, compreso il computo metrico) è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti...alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire". Proprio in considerazione della finalità perseguita dalla suddetta dichiarazione, la stessa non è richiesta, invece, nel caso regolato dal precedente art. 89 del D.P.R. n. 554/1999, di offerta "mediante

*massimo ribasso sull'elenco prezzi*", predisposto dalla stazione appaltante e non modificabile dal concorrente: in tale ipotesi, infatti, non v'è alcun intervento su "voci" e "quantità", tale da rendere opportuna una esplicita dichiarazione di conferma da parte del concorrente della invariabilità del corrispettivo offerto mediante la sola percentuale di ribasso.

Ciò premesso, si devono tenere in debito conto le specificità della fattispecie in esame, ossia che: – l'appalto oggetto della gara è "a corpo"; – il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; – sono consentite "variazioni progettuali", ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 e nei limiti stabiliti dal capitolato, nell'ambito delle quali il concorrente "può integrare o ridurre le quantità che ritiene carenti o eccessive ed inserire le voci e le relative quantità ritenute mancanti o insufficienti". Esistono, pertanto, oggettivi elementi che consentono di ritenere sussistente, nella specie, l'*eadem ratio* di conferma dell'invariabilità dell'importo complessivo offerto "a corpo", conseguente alla facoltà di "intervento" consentita al concorrente su "voci" e "quantità" che, per le ragioni di cui sopra, giustificherebbero anche in tale particolare fattispecie l'acquisizione di una esplicita dichiarazione formale in tal senso, in analogia a quanto previsto dall'art. 90, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, ancorché tale disposizione prescriva espressamente la presentazione di tale dichiarazione esclusivamente con riferimento ai casi di offerte "a prezzi unitari".

Deve, quindi, ritenersi – in ordine al primo profilo controverso sottoposto – che la stazione appaltante, facendo corretto uso del potere discrezionale alla stessa riconosciuto di adattare la disciplina della procedura di gara alle specifiche caratteristiche del relativo affidamento, abbia legittimamente richiamato nella gara in questione – in relazione a "variazioni progettuali" implicanti quelle medesime modifiche di voci e quantità caratterizzanti le offerte a prezzi unitari negli appalti a corpo – la disciplina dettata dall'art. 90, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, a garanzia di quella esigenza di certezza della invariabilità del prezzo offerto "a corpo", meritevole di tutela anche nella fattispecie, nonostante l'inapplicabilità in via diretta della citata disposizione regolamentare. Legittimamente, pertanto, al punto 2 della Sezione XI.4 del bando di gara è stato previsto che "con riferimento alle variazioni progettuali ammesse di cui alla SEZIONE XI.3), il concorrente può integrare o ridurre le quantità che ritiene carenti o eccessive ed inserire le voci e le relative quantità ritenute mancanti o insufficienti. Tali integrazioni o riduzioni saranno riportate in maniera inequivocabile a pena di esclusione. Altresì, si riporterà la dichiarazione di presa d'atto, ai sensi dell'art. 90, comma 5, del DPR 554/99 e s.m.i., della irrilevanza dell'indicazione delle voci e relative quantità sull'importo complessivo dell'offerta. Detto importo resta fisso e invariabile ai sensi dell'art. 53, comma 4, del D.Lgs. 163/06 e s.m.i."

Acclarata la legittimità della sopra citata clausola della *lex specialis*, si rileva che dalla clausola medesima il Comune di San Sebastiano al Vesuvio fa discendere la legittimità dei provvedimenti di esclusione disposti nei confronti di quei concorrenti che, pur essendosi avvalsi della facoltà loro consentita di presentare variazioni progettuali, non hanno corredato la propria offerta con la dichiarazione di cui sopra, nei termini testuali ivi previsti di "presa d'atto... della irrilevanza dell'indicazione delle voci e relative quantità sull'importo complessivo dell'offerta", con ciò contravvenendo esplicitamente alla disposizione di chiusura contenuta nella Sezione XII, secondo cui "la mancata presentazione anche di una sola delle dichiarazioni o documenti richiesti ovvero l'inosservanza di anche una sola delle prescrizioni per la partecipazione alla gara espresse come tali nelle SEZIONI V, VI, VII, X e XI, comporterà esclusione dalla gara".

Sotto questo secondo profilo controverso occorre, invece, tenere conto dell'esistenza di ulteriori peculiarità nella fattispecie in esame, dovute in parte alla richiamata *ratio* della richiesta dichiarazione di "presa d'atto", in parte alle particolari modalità prescritte dalla *lex specialis* per la presentazione dell'offerta, che non consentono l'esclusione dalla gara di concorrenti che si siano pedissequamente attenuti alle suddette prescrizioni.

E' questo il caso dell'A.T.I. S.I.G.E. s.r.l. – Mollo Salvatore JR & C. s.n.c., esclusa dalla gara per l'omessa dichiarazione anzidetta ed avente interesse a contrastare l'aggiudicazione provvisoria *medio tempore* disposta dal Comune di San Sebastiano al Vesuvio in favore dell'A.T.I. CO.M.I.

s.r.l. – E.DI.CA. Costruzioni s.r.l., in quanto asseritamente portatrice dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, il predetto concorrente escluso ha rappresentato di avere reso la dichiarazione di che trattasi nel «MODELLO A1», predisposto dalla stessa stazione appaltante per la formulazione dell’“*Offerta economica*”, all’interno del quale è contenuta la seguente dichiarazione standard “*A seguito del bando di partecipazione alla procedura di gara in oggetto indicato, dopo aver preso piena conoscenza di tutti gli atti tecnici ed amministrativi e di tutte le condizioni contrattuali, per l’aggiudicazione dell’appalto a suo favore ed intendendo compreso e compensato nel prezzo offerto ogni altro onere previsto nel Capitolato, offre il ribasso del...*”.

In effetti, come rilevato anche dal giudice amministrativo in una fattispecie similare, la ragione per cui viene resa la dichiarazione di “presa d’atto” su cui si controverte è quella di garantire l’Amministrazione procedente sulla precisa conoscenza, da parte degli aspiranti contraenti, di quali saranno in concreto le obbligazioni da adempiere con la somma offerta “a corpo”, in modo da porre al riparo la stazione appaltante da “sorprese” in sede di esecuzione del contratto; se così è, risulta allora evidente che, quando tale dichiarazione sia in qualsiasi forma presente negli atti dell’offerta, la finalità perseguita deve ritenersi soddisfatta e la garanzia richiesta dall’Amministrazione non possa che ritenersi acquisita (Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2003, n. 9189).

Ciò vale, a maggior ragione nel caso di specie, tenuto conto che, per un verso, la disposizione di cui all’art. 90, comma 5, del D.P.R. n. 554/1999, espressamente richiamata dal bando di gara in esame, non precisa che la dichiarazione in parola deve essere contenuta nella busta dell’offerta economica, ma indica soltanto che l’offerta deve essere accompagnata dall’evocata dichiarazione, rendendo così sufficiente la presenza della dichiarazione medesima nell’ambito della documentazione complessiva dell’offerta; per altro verso che il concorrente escluso, A.T.I. S.I.G.E. s.r.l. – Mollo Salvatore JR & C. s.n.c., nel formulare l’offerta economica ha pedissequamente rispettato la *lex specialis* della gara, utilizzando solo ed esclusivamente il “MODELLO A1”, appositamente predisposto dalla stazione appaltante, nelle forme della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, all’interno del quale era riportata la dichiarazione standard sopra richiamata, che poteva ragionevolmente essere ritenuta dal concorrente soddisfacente del contenuto della dichiarazione “di presa d’atto” richiesta dal bando di gara, rinvenendosi nella medesima quanto di interesse al riguardo per l’Amministrazione, ossia la consapevolezza dell’aspirante contraente, per un verso, della precisa articolazione dei lavori da svolgere – risultante da tutti gli atti tecnici e amministrativi – e delle condizioni contrattuali, per altro verso, di dover ritenere gli stessi eseguibili con l’importo dell’offerta presentato.

Pertanto, a fronte dell’equivoco ingenerato dal contenuto del citato “MODELLO A1”, l’esclusione dell’A.T.I. S.I.G.E. s.r.l. – Mollo Salvatore JR & C. s.n.c., che poteva ragionevolmente ritenere soddisfacente il contenuto della dichiarazione ivi riportata a proposito dell’onnicomprendività del prezzo offerto, si espone a dubbi di legittimità, laddove l’Amministrazione avrebbe dovuto, semmai, attivarsi per richiedere chiarimenti o integrazioni documentali (cfr. il parere di questa Autorità n. 1 del 20 settembre 2007).

In presenza di adempimenti di carattere formale contrassegnati, come nel caso di specie, da un ragionevole tasso di scusabilità dell’errore, anche per effetto della possibile induzione in errore creata dal modello allegato al bando predisposto dalla stessa stazione appaltante, merita, infatti, di essere tutelato l’affidamento e la buona fede dei partecipanti, salvaguardando l’ammissibilità delle offerte, per consentire al contempo la più ampia partecipazione di concorrenti alla gara, in difesa dell’interesse pubblico al confronto concorrenziale più ampio possibile fra gli aspiranti contraenti; mentre, la difesa del principio della “*par condicio*” concorsuale rimane, in ultima analisi, affidato ad un rispetto puntuale e non formalistico dei significati che le clausole di gara presentano, nel contesto degli atti e tenuto conto delle caratteristiche della specifica procedura concorsuale (come è agevole argomentare da Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2002, n. 5676).

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittima la clausola prevista al punto 2 della Sezione XI.4 del bando di gara, ma non conforme alla normativa di settore e alle specifiche modalità prescritte dalla *lex specialis* per la presentazione dell'offerta l'esclusione dalla gara in oggetto della concorrente A.T.I. S.I.G.E. s.r.l. – Mollo Salvatore JR & C. s.n.c.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito