

## **Parere n.185 del 6/11/2013**

### **PREC 198/13/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla TIRRENA Costruzioni s.a.s. – “Procedura negoziata previa pubblicazione del bando per l’appalto dei lavori di ristrutturazione del complesso della canonica sita nel Borgo di Piagnano relativi alla realizzazione di un centro di promozione turistico – gastronomica dei prodotti tipici del territorio” –Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d’asta: euro 134.938,22 – S.A.: Comune di Sassocorvaro in Provincia di Pesaro-Urbino.

**Art. 56 d.lgs. n. 163/2006. Procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara. Richiesta di proposte migliorative da parte della stazione appaltante. Legittimità**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### **Ritenuto in fatto**

In data 20 maggio 2013, e successivamente con integrazione del 30 luglio 2013, è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la TIRRENA Costruzioni s.a.s., ha chiesto un parere in merito alla legittimità della procedura indetta dal Comune di Sassocorvaro per l’affidamento dei lavori in indicati in oggetto relativi alla realizzazione di un centro di promozione turistico – gastronomica dei prodotti tipici del territorio.

Più specificamente, nell’istanza di parere si contesta l’operato della stazione appaltante, la quale anziché disporre l’aggiudicazione provvisoria nei confronti della TIRRENA Costruzioni S.r.l., risultata prima in graduatoria con il ribasso offerto del 29.999%, ha ritenuto di dovere aprire una ulteriore fase di negoziazione dell’offerta tra le prime tre imprese in graduatoria. L’istante ritiene, quindi, illegittimo e gravemente lesivo della propria posizione, l’operato della stazione appaltante, per l’arbitrarietà del ricorso alla procedura negoziata *ex* art. 56 del D.Lgs. n. 163/2006 nonché il fatto che il Comune di Sassocorvaro, prima di procedere alla predetta rinegoziazione, avrebbe inammissibilmente reso noto alle imprese partecipanti alla gara le offerte economiche rispettivamente presentate.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 6 agosto 2013, la S.A. ha difeso il proprio operato evidenziando che l’avviso relativo alla procedura negoziata posta in essere, al punto 7, rimanda al disciplinare di gara contenente le norme integrative relative alle modalità di partecipazione alla gara.

Nel suddetto disciplinare, invero, tanto all’art. 4 che all’art. 15 viene fatto espresso riferimento alla successiva negoziazione migliorativa tra le migliori tre offerte risultanti dalla graduatoria di quelle presentate.

#### **Considerato in diritto**

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’operato del Comune di Sassocorvaro per le ragioni evidenziate in fatto.

In via preliminare va rilevato che ferma restando la possibilità, da parte di chi abbia interesse a ricorrere, di contestare radicalmente, fin dalla formulazione del bando, la procedura di gara prescelta, nel caso di specie la società istante ha prestato acquiescenza alla procedura negoziata in oggetto partecipandovi; è stata invitata ed ammessa alla procedura negoziata e non ha un apprezzabile e concreto interesse a contestare l’assenza dei presupposti di legge per l’affidamento mediante procedura negoziata.

Gli operatori economici ammessi alla trattativa privata non subiscono, in ragione della scelta del

metodo negoziato, un danno concreto ed attuale, considerato che la restrizione della concorrenza si risolve, anzi, per coloro che sono invitati alla procedura non formalizzata, in un vantaggio consistente nella maggiore possibilità di conseguire l'appalto. Secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, pertanto, sono inammissibili per difetto d'interesse le censure proposte da un'impresa partecipante alla trattativa privata nel caso in cui la stessa, da un lato, abbia posto a base di tali censure la contestazione dell'utilizzo dello strumento di scelta del contraente per difetto delle condizioni legittimanti la scelta del tipo di gara e, dall'altro, abbia presentato domanda di partecipazione e sia stata ammessa alla gara medesima (così, tra molte: Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2009 n. 795; TAR Puglia, Bari, sez. I, 20 gennaio 2012 n. 232).

Nel merito, invece, della questione oggetto di parere, questa Autorità osserva che la società istante assume disattesi i principi di correttezza, trasparenza e *par condicio* che connotano anche le procedure negoziate, per avere l'ente appaltante rivelato alle due concorrenti ammesse alla contrattazione supplementare il contenuto delle reciproche offerte, e in tal modo indebitamente avvantaggiato le ditte controinteressate, fin lì autrici di offerte meno convenienti, in quanto messe in condizione di correggere il prezzo in misura tale da recuperare una concreta possibilità di successo. Deduce, inoltre, l'istante, l'illegittimità della lettera di invito, per avere questa asseritamente omissivo di specificare immediatamente le modalità di svolgimento della fase di negoziazione finale.

Al riguardo, va evidenziato come in tema di procedure negoziate la giurisprudenza abbia elaborato principi che appaiono utili alla risoluzione della controversa questione. Muovendo, in particolare, dalle disposizioni di cui all'art. 3, comma 40, del D.Lgs. n. 163 del 2006 ("Le procedure negoziate sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto...") e di cui al successivo art. 56, comma 4 ("Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri"), si è rilevato (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3642) che i margini di discrezionalità della stazione appaltante sono sensibilmente maggiori rispetto alle tipiche procedure di evidenza pubblica; che è coerente con la disciplina della materia che l'Amministrazione si riservi la possibilità di richiedere proposte migliorative agli autori delle offerte più convenienti, negoziando direttamente con gli stessi, in uno stadio successivo, le condizioni finali dell'appalto; che la procedura negoziata può essere anche condotta con un solo o più operatori economici, in esito a valutazioni discrezionali dell'ente appaltante; che il "rilancio" delle offerte iniziali si presenta utile a portare il risultato della gara oltre il limite al di sotto del quale la stazione appaltante non intende stipulare il contratto, e comunque costituisce lo strumento per conseguire un ulteriore risparmio di spesa; che la normativa impone unicamente alla stazione appaltante di prevedere nella *lex specialis* del concorso lo svolgimento della fase endoprocedimentale di ulteriore negoziazione, non anche di esplicitarne immediatamente le concrete modalità di effettuazione - in ogni caso rispettose dei criteri di aggiudicazione inizialmente indicati -, per essere ciò rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione, la quale può decidere se e quali imprenditori ammettere alla fase conclusiva di contrattazione, soggetta solo all'osservanza dei principi di imparzialità e trasparenza (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3642).

Se ne desume, quindi, la legittimità della procedura nella circostanza seguita.

Quanto, innanzi tutto, alla scelta di rendere noto a ciascuna delle prime tre imprese classificate in graduatoria il contenuto delle offerte delle altre, non vi si ravvisano profili di arbitrarietà o di violazione della *par condicio*, essendo evidente che in simili casi la fase suppletiva di negoziazione ha l'effetto di azzerare le posizioni di graduatoria acquisite nel precedente stadio e di far ottenere all'Amministrazione un significativo sconto rispetto alle condizioni economiche fin lì ottenute. In tale prospettiva, l'individuazione di un nuovo prezzo-base - coincidente con la migliore offerta presentata in gara - giustifica la divulgazione delle tre migliori offerte pervenute, unicamente nell'ottica del conseguimento del massimo risparmio possibile nel costo dell'appalto, raggiungibile solo se, garantendosi un'effettiva concorrenza, le offerenti suddette vengano informate della variata

soglia di valore cui fare riferimento per l'ulteriore ribasso.

Né, d'altra parte, un tale *modus procedendi* si pone in contrasto con la fondamentale regola di imparzialità tra i concorrenti - alla cui salvaguardia è preordinata la segretezza delle offerte -, in quanto la riservatezza delle scelte operate dalle imprese va assicurata solo nella fase in cui le stesse formulano la loro offerta, per evitare che l'una influenzi l'altra, e non ha invece ragion d'essere quando, come nella fattispecie, si è esaurito lo stadio della procedura caratterizzato dal vaglio delle migliori offerte e dall'individuazione della soglia di prezzo cui aver riguardo per l'ulteriore e autonoma contrattazione, in ossequio quindi della regola codificata nell'art. 56, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 ("Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri").

Quanto, poi, alla presunta carenza della normativa di gara - che non avrebbe fissato le regole della fase di negoziazione conclusiva -, è stato chiarito che la S.A. ha fissato in via preventiva prescrizioni dettagliate sul punto, a fronte di una disciplina legale che, fermo restando il parametro di aggiudicazione stabilito (nella circostanza, il prezzo più basso), impone unicamente di prevedere lo svolgimento della fase endoprocedimentale di "rilancio", essendo poi rimesse alla discrezionalità della stazione appaltante le scelte operative ulteriori (Cons. Stato, Sez. VI, n. 3642/2011 cit.).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della S.A.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito