

Parere n.104 del 21/05/2014

PREC 59/14/S

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 Belpasso (CT) – “Procedura aperta per l’affidamento del servizio di pulizia dei locali ed uffici comunali – anno 2014” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 65.016,00 – S.A.: Comune di Belpasso.

Art. 72, comma 2, R.D. n. 827/1924 – Discordanza tra il prezzo indicato in lettere e quello in cifre.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 7 marzo 2014 è pervenuta da parte della stazione appaltante, Comune di Belpasso, l’istanza indicata in epigrafe riguardante la procedura aperta per l’affidamento del servizio di pulizia dei locali ed uffici comunali – anno 2014, di importo stimato pari ad euro 65.016,00 da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

In relazione alla suddetta procedura, la stazione appaltante istante deduce quanto segue.

In data 12.2.2014, la Commissione di gara, dopo aver verificato la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dei concorrenti, ha proceduto all’apertura dei plichi contenenti le offerte, calcolando la soglia di anomalia (66,6081%) ed aggiudicando provvisoriamente l’appalto alla ditta SIKANIA Service Imp. Edil. E Stradale e Servizi di Pulizia, per aver presentato il ribasso del 65,4803%.

Con nota del 25.2.2014, la concorrente EKOWORLD ha comunicato di avere erroneamente inserito nella propria offerta economica “un importo a ribasso discordante fra il prezzo indicato in lettere (settantanovevirgolanovantanovepercento) e quello indicato in cifre (72,99%)”; la EKOWORLD ha quindi chiesto il ricalcolo della soglia di anomalia, sostenendo che il ribasso da considerare dovesse essere quello espresso in lettere (settantanovevirgolanovantanovepercento), più vantaggioso per l’amministrazione.

A seguito di tale comunicazione, la S.A. ha quindi comunicato alle n. 48 ditte ammesse alla gara, la riapertura della stessa e, in data 3.3.2014, lo Studio Legale Schillaci, nell’interesse della ditta SIKANIA Service (aggiudicataria provvisoria), si è opposto a detta procedura per violazione e/o falsa applicazione dell’art. 72, comma 2, R.D. n. 827/1924, sull’assunto che detta disposizione andrebbe applicata solo in sede di apertura delle buste contenenti le offerte e non già ad aggiudicazione avvenuta nonché per mancanza di interesse ad agire in capo alla EKOWORLD che, pur con il ribasso rettificato del 79,99%, non si sarebbe comunque aggiudicata l’appalto, ed infine per l’evidente errore materiale in cui sarebbe incorsa detta ditta, tale da precludere l’operatività del citato art. 72, comma 2, del R.D. n. 827/1924.

La S.A., dal suo canto, accogliendo la richiesta della ditta EKOWORLD ha riscontrato che, effettivamente, considerando il ribasso più vantaggioso del 79,99% offerto dalla stessa e ricalcolando la soglia di anomalia (67,7125% e non 66,6081%), l’appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato non più alla SIKANIA Service, ma alla ditta LOUIS S.r.l., per avere offerto un ribasso del 66,6666%.

Alla luce di quanto sopra, la S.A. chiede una pronuncia in merito alla legittimità del proprio operato ovvero se nel ricalcolo della soglia di anomalia sia stato corretto considerare il ribasso espresso in cifre in quanto per sé più vantaggioso.

La ditta LOUIS Multiservice, successivamente intervenuta nel presente procedimento ai sensi

dell'art. 3 del Regolamento per la soluzione delle controversie di cui alla normativa codicistica in oggetto, ha sostenuto, con nota del 29 marzo 2014, la legittimità della riapertura della gara contestando le ragioni avverse della ditta SIKANIA Service.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 07.04.2014, la ditta SIKANIA ha contestato l'intervento della controinteressata LOUIS Multiservice per mancata instaurazione di un regolare contraddittorio, asseritamente pregiudicato, nella fattispecie, dall'incompleta conoscenza, da parte della stessa, delle ragioni fondanti la memoria della LOUIS, cui fa riferimento la comunicazione di avvio del procedimento sopra indicata.

Considerato in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del ricalcolo della soglia di anomalia che la stazione appaltante ha operato in considerazione della discordanza tra il ribasso in cifre e quello in lettere contenuto nella offerta di un concorrente. Più specificamente, la stazione appaltante chiede se nel suddetto ricalcolo sia stato corretto considerare la cifra espressa in lettere, per sé più vantaggiosa.

Con riferimento all'asserita inammissibilità/improcedibilità dell'intervento della ditta LOUIS, sostenuto dalla ditta SIKANIA, si ritiene che tale questione sia inconferente ai fini dell'emanazione del parere che viene richiesto e, comunque, di detto intervento si può non tenere conto.

La ditta SIKANIA Service deduce l'erronea e/o falsa applicazione dell'art. 72 del regolamento di contabilità di cui al R.D. n. 827 del 1924 – secondo cui, in caso di discordanza tra il prezzo indicato in lettere e quello in cifre, prevale l'offerta più vantaggiosa per la P.A. e sostiene che la stazione appaltante, nell'acconsentire alla riapertura del verbale e al ricalcolo della soglia di anomalia, avrebbe violato il principio della massima partecipazione e della par condicio tra i concorrenti.

Inoltre, secondo quanto affermato dalla ditta SIKANIA Service, l'art. 72 sopra citato non potrebbe applicarsi al caso di specie, avuto riguardo alla attuale fase della procedura e tenuto conto dell'intervenuta aggiudicazione provvisoria. L'amministrazione cioè non potrebbe invocare il proprio vantaggio e applicare la disposizione in parola, in quanto la ratio di quest'ultima sarebbe quella di consentire ad una ditta che rischia di essere esclusa, di restare in gara una volta venuta meno la discrasia tra l'importo offerto in cifre e quello offerto in lettere, con la conseguenza che il c.d. vantaggio per l'amministrazione rileverebbe esclusivamente nella fase che precede l'aggiudicazione ossia quella di valutazione dell'esclusione di una ditta dalla gara.

La tesi appena esposta non può trovare accoglimento in considerazione della natura endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, la quale non vale, di per sé, a concludere la fase pubblicitica di scelta del contraente privato, dovendo essere sottoposta a verifica ed approvazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 11, comma 5 e 12, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006.

Pertanto, l'operato della Stazione appaltante che ha proceduto al ricalcolo della soglia di anomalia è conforme ai principi e alla normativa di settore. Vale infatti rilevare che la possibilità di rivedere in via di autotutela l'aggiudicazione provvisoria - anche riaprendo la gara - si fonda sul principio costituzionale di buon andamento e di non aggravamento del procedimento; principio che impegna l'Amministrazione ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e che quindi autorizza il riesame di quelli già adottati, quando ciò sia necessario od opportuno alla luce di un nuovo apprezzamento della fattispecie o di circostanze sopravvenute, anche al fine di prevenire successive contestazioni. Secondo un consolidato orientamento in tema di procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti pubblici, l'Amministrazione, anche dopo l'aggiudicazione provvisoria, può legittimamente modificare l'elenco degli aspiranti ammessi alla gara in sede di autotutela, per riammettere un'impresa illegittimamente esclusa ovvero, specularmente, per escludere un'impresa illegittimamente ammessa (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. V 22 maggio 2001, n. 2829).

Invero, l'Amministrazione non solo può disporre la riapertura della gara d'appalto dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, qualora la ritenga sotto qualsiasi aspetto affetta da irregolarità, ma può altresì procedere all'annullamento degli atti di aggiudicazione provvisoria,

anche in via implicita e senza obbligo di fornire particolare motivazione, attesa l'assenza, nei soggetti interessati, di posizioni giuridiche consolidate (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1417) (cfr. Parere AVCP n. 177/12).

Chiarito ogni dubbio in ordine alla legittimità del comportamento dell'amministrazione che ha ritenuto di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, resta da stabilire se l'offerta della EKOWORLD da considerare a tal fine sia quella espressa in cifre o in lettere. La soluzione passa attraverso l'applicazione dell'art. 72, secondo comma, del regolamento sulla contabilità generale dello stato, approvato con R.D. 23 maggio 1924, n. 827, che recita: "Quando in un'offerta all'asta vi sia discordanza tra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa per l'Amministrazione".

Si tratta di una disposizione che non è stata abrogata, neanche implicitamente, con l'entrata in vigore del codice degli appalti. Tant'è che l'art. 256 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che individua analiticamente le disposizioni abrogate a seguito dell'entrata in vigore del codice stesso non ricomprende il citato art. 72 che detta, appunto, la regola (nel caso concreto applicata dalla stazione appaltante in una fase provvisoria del procedimento di scelta del contraente) di prevalenza, in caso di discordanze interne all'offerta, dell'importo più vantaggioso per la P.A..

E', d'altra parte, principio costantemente affermato dalla giurisprudenza in materia, quello secondo cui la soluzione più vantaggiosa per l'amministrazione di cui al citato art. 72 può essere adottata legittimamente nei casi in cui si verifichi un'oggettiva divergenza tra le due indicazioni del prezzo, non importa se determinata da un errore ostativo o da altra ragione, ma non anche quando la discordanza scaturisca da un mero evidente errore materiale, nel qual caso si deve dare esclusivo rilievo al prezzo espresso in maniera esatta (cfr. TAR Catania, Sez. IV, Sentenza 23 febbraio 2012, n. 459).

Tale deroga, però, è operativa solo ove gli elementi del caso concreto consentano, in modo univoco, di riconoscere (art. 1431 cod. civ.) l'errore materiale o di scritturazione in cui si è incorso l'offerente e di emendarlo, dando prevalenza al valore effettivo dell'offerta.

Viceversa, tale criterio derogatorio non può operare allorché – come nel caso all'esame – non sia dato a priori riconoscere quale delle due discordanti indicazioni sia frutto di errore (si veda, tra l'altro, CGA 6/2/2014, n. 54).

Pertanto, la tesi sostenuta dalla ditta SIKANIA secondo cui la disposizione in parola non è applicabile trattandosi di evidente errore materiale non è fondata.

Per esigenze di completezza si rappresenta, poi, che eccezione alla regola generale di cui si discute si ha per le sole gare indette con il criterio dell'offerta di prezzi unitari; il caso è disciplinato all'art. 119 del D.P.R. n. 207 del 2010 (Aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari) che, al comma 2, prevede che in caso di discordanza prevale il ribasso percentuale indicato in lettere, così come, al comma 3, stabilisce che in caso di discordanza dei prezzi unitari offerti prevale il prezzo indicato in lettere.

Analoga regola era dettata (sempre con esclusivo riferimento al metodo dei prezzi unitari) dall'art. 90 del Regolamento di esecuzione della legge quadro sui lavori pubblici di cui al D.P.R. n. 554 del 1999, e quindi da una fonte previgente rispetto al codice degli appalti.

Con riferimento, infine, all'eccezione sollevata dalla ditta SIKANIA, secondo cui dal ricalcolo della soglia di anomalia la EKOWORLD non ricaverebbe profitto alcuno e quindi non rilevarebbe l'errore in cui è incorsa, può dirsi che la stessa è priva di rilievo in quanto il ribasso offerto in lettere dalla SIKANIA sarebbe stato comunque più vantaggioso per l'Amministrazione e, come tale, suscettivo della preferenza ut supra accordatagli dalla richiamata norma di contabilità.

Sicché, anche tale motivo di doglianza è insuscettibile di positiva considerazione, tenuto conto che l'ordinamento già a monte privilegia il criterio di conservazione dei valori giuridici, dettando regole la cui necessaria e vincolata applicazione è idonea ad eliminare ogni incertezza sul contenuto dell'offerta nel caso di discordanza tra il ribasso indicato in cifre e quello in lettere.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- conforme alla normativa di settore ed esente da censure il procedimento di riapertura della gara espletato dalla S.A.;
- applicabile l'art. 72 del regolamento di contabilità di cui al R.D. n. 827 del 1924 per cui il ribasso da considerare ai fini del ricalcolo della soglia di anomalia è quello più vantaggioso per l'amministrazione.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario: Maria Esposito