

## **Parere n. 121 del 05/11/2009**

**Protocollo** PREC 22/09/S

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa La Lucente S.r.l. - Affidamento del servizio di lavaggio e sistemazione della vetreria e dei materiali di laboratorio, pulizia della strumentazione e delle suppellettili di laboratorio dell'ARPA Puglia per la durata di tre anni - Importo a base d'asta € 1.000.000,00 - S.A.: ARPA Puglia

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 13 agosto 2008 perveniva l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa La Lucente S.r.l. chiedeva a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine alla correttezza del procedimento di valutazione delle offerte anomale seguito dalla stazione appaltante ARPA Puglia in ordine all'appalto di servizi in oggetto, di importo superiore alla soglia comunitaria e da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Nello specifico, l'impresa istante esprimeva di essere stata ammessa alla gara in questione insieme ad altre 15 imprese ed evidenziava che il seggio di gara, dopo aver applicato il c.d. "taglio delle ali" ai fini del calcolo della soglia di anomalia, individuava le offerte anomale tra quelle rimaste e l'offerta dell'istante, pur non rientrando nelle ali superiori, risultava comunque anomala. Senonché la stazione appaltante ha provveduto all'automatica esclusione delle offerte anomale, anziché procedere alla verifica dell'anomalia in contraddittorio, aggiudicando provvisoriamente l'appalto in favore della asserita prima offerta non anomala, formulata dalla Leader Service s.c.ar.l. Pertanto, parte istante concludeva nel senso della contrarietà alle norme ed ai principi vigenti in tema di pubbliche gare della mancata verifica in contraddittorio dell'anomalia con conseguente illegittima esclusione automatica delle offerte anomale tra cui la propria.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'ARPA Puglia ricostruiva la gara evidenziando di essersi comportata correttamente rispetto alle norme vigenti, mentre l'impresa aggiudicataria Leader Service s.c.ar.l., ribadita nel merito la correttezza dell'iter di valutazione delle offerte anomale svolto dalla stazione appaltante, eccepiva, in via preliminare, l'inammissibilità dell'istanza e la carenza di interesse in capo all'istante, in considerazione della sopravvenuta aggiudicazione definitiva e stipula del contratto non impugnate, per cui nessun interesse l'impresa La Lucente S.r.l. avrebbe alla coltivazione dell'iter.

### **Ritenuto in diritto**

Con il presente precontenzioso è stata portata all'attenzione dell'Autorità la questione della correttezza del procedimento di valutazione ed esclusione automatica delle offerte anomale, tra cui quella della società odierna istante, seguito dalla stazione appaltante in ordine all'appalto di servizi in oggetto, di importo superiore alla soglia comunitaria e da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

In via preliminare, occorre esaminare le eccezioni di inammissibilità della richiesta di parere, così come sollevate dall'impresa aggiudicataria Leader Service s.c.ar.l. in sede di istruttoria procedimentale, in quanto, a suo avviso, a fronte della sopravvenuta aggiudicazione nonché della stipula del relativo contratto ed in mancanza dell'instaurazione di controversie nelle more avverso tali atti ulteriori lesivi della situazione giuridica facente capo all'istante, l'istanza di parere sarebbe divenuta inammissibile e non residuerebbe più alcun interesse in capo all'istante.

Invero, tale eccezione appare infondata, sia in linea generale, rispetto alla disciplina regolamentare del precontenzioso, sia in particolare rispetto alla nozione di controversia ed alla fattispecie in questione.

In proposito, va evidenziato come il "Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie" attuativo dell'art. 6, comma 7, lett. n.) del D.Lgs. n. 163/2006 preveda, all'art. 2 comma 1, che sia la stazione appaltante sia le parti interessate (individuate dal successivo comma 2) possano, singolarmente o congiuntamente, rivolgere all'Autorità istanza di parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, senza porre termini perentori in ordine alla relativa proponibilità. Ciò trova evidente fondamento nella funzione affidata al parere in questione, teso non a risolvere singole controversie d'imperio ed in via definitiva, bensì ad acquisire, in ordine alle fattispecie controverse,

un parere altamente qualificato reso dall'Autorità istituzionalmente deputata a vigilare nel settore, ben potendo, pertanto, le parti, anche a fronte della sopravvenuta aggiudicazione e degli atti conseguenti, adeguarsi spontaneamente all'ipotesi di soluzione indicata dal parere precedentemente richiesto.

La presente fattispecie, quindi, riferendosi all'esclusione automatica delle offerte anomale, compresa quella dell'istante, nel corso della procedura concorsuale in sede di verifica dell'offerta medesima, non rientra in alcuna delle ipotesi di inammissibilità disciplinate dall'art. 3 del citato Regolamento, riguardando pacificamente una questione, insorta e sottoposta a questa Autorità con apposita istanza in pendenza di gara, per la quale non risulta proposto alcun ricorso in sede giurisdizionale e qualificabile in termini di controversia fra le parti, quantomeno "potenziale", come emerge dall'analisi della documentazione concernente lo scambio di corrispondenza tra le parti stesse, contenente la contestazione dell'impresa e le controdeduzioni e i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, evidentemente repute non soddisfacenti tanto da spingere alla proposizione del presente iter di precontenzioso.

Passando al merito dell'istanza, la stessa appare fondata.

In linea generale si osserva che l'attuale contesto normativo, nel recepire le indicazioni comunitarie prevede, per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria come quello in esame, che nel caso di gara da effettuarsi secondo il criterio del prezzo più basso, una volta determinata la relativa soglia di anomalia (ex art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006) l'aggiudicazione debba essere preceduta dalla verifica dell'eventuale anomalia delle offerte secondo la procedura di cui agli articoli 86, 87, 88 del D.Lgs. n. 163/2006 (cfr. ad es. deliberazione n. 189/2007).

Ai sensi dell'articolo 88, comma 4, del citato D.Lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante, prima di escludere l'offerta ritenuta eccessivamente bassa, convoca l'offerente e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile. Detta disposizione discende dal principio comunitario, cui si ispira tutta la disciplina delle norme in esame, sulla impossibilità di "rifiutare" le offerte se non a seguito di una valutazione di merito, da effettuarsi in contraddittorio con l'offerente, tesa a valutare la loro congruenza rispetto alle prestazioni da eseguire. Solamente nel caso in cui l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

Si evidenzia, inoltre, che la fase del contraddittorio deve intervenire successivamente alla comunicazione all'impresa concorrente del carattere anomalo della propria offerta, né la stazione appaltante può limitare la facoltà dell'impresa medesima di manifestare tutte le giustificazioni repute utili a chiarire il contenuto dell'offerta stessa, al fine di render nota, in base all'organizzazione aziendale, l'assenza della supposta anomalia.

In definitiva, in tema di gare per l'affidamento di appalti pubblici in via generale la Stazione appaltante non ha discrezionalità nella fase preliminare di individuazione delle offerte anomale, che sono già individuate ex lege, secondo i parametri indicati dall'art. 86 commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 163/2006, ma ciò non la esime dal seguire il subprocedimento disciplinato dai successivi artt. 87 e 88, concernente la verifica in contraddittorio in ordine alla sussistenza in concreto dell'anomalia.

Nel caso di specie, la stazione appaltante non ha correttamente provveduto all'attivazione di tale procedimento di verifica delle offerte repute anomale dopo la determinazione della relativa soglia ai sensi dell'art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto, individuata tale soglia di anomalia secondo la procedura delineata nel predetto comma 1, ossia in virtù dell'esclusione fittizia delle ali estreme ai fini del computo aritmetico della media (c.d. taglio delle ali) non ha poi sottoposto a verifica tutte le offerte anomale, comprese quelle collocate in tali ali estreme, come sarebbe stato doveroso (cfr.: in tal senso Cons. Stato, Sez. V, sentenza 30 agosto 2004, n. 5656, riferita all'art. 21, comma 1bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., poi trasfuso nell'art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006) e si è, invece, limitata ad escludere automaticamente queste prime offerte più basse e a procedere alla verifica in contraddittorio della eventuale anomalia della ulteriore offerta più bassa, individuata in quella presentata dall'impresa Leader Service s.c.a.r.l.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il procedimento di verifica delle offerte anomale svolto dalla stazione appaltante non è conforme alla normativa nazionale e comunitaria di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2009