

Parere n.94 del 5/06/2013

PREC 3/13/ 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 Pratola Peligna (AQ) - " *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per l'appalto dei lavori di riqualificazione e ristrutturazione del cimitero*" - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 230.611,77 - S.A.: Comune di Pratola Peligna (AQ).

Art. 86, commi 1 e 3 d.lgs. n. 163/2006. Verifica di congruità dell'offerta. Criterio del prezzo più basso. Appalto di lavori sotto soglia con meno di cinque offerte.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 21 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale viene richiesta una pronuncia di questa Autorità, in merito alla possibilità di aggiudicare definitivamente i lavori senza avvalersi della facoltà di procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta, in quanto non obbligatoria per la procedura di gara esperita nel caso concreto, benché siano pervenute " *relazioni ed argomentazioni*" da parte di controinteressati, ovvero, se sia legittimo da parte della S.A. procedere con la verifica dell'anomalia dell'offerta sulla base del " *solo valore del ribasso*" o semplicemente sulla base di " *richieste, relazioni ed argomentazioni*" inviate da controinteressati. All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 10 gennaio 2013, hanno fatto seguito le memorie dell'impresa aggiudicataria provvisoria NR GENIO CIVILE srl e dell'impresa seconda classificata Riccardo Cianfaglione srl, delle quali si dà conto in parte motiva.

Considerato in diritto

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità riguarda la prospettata anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria provvisoria nella gara in oggetto e il comportamento della stazione appaltante che non ha proceduto alla verifica di cui all'art. 86, comma 1, trattandosi di appalto di lavori sotto soglia, da aggiudicarsi al prezzo più basso, in presenza di meno di cinque offerte valide. Riferisce la S.A. che, per l'aggiudicazione dell'appalto in oggetto, è stata avviata una procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, con il criterio del prezzo più basso mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, ai sensi dell'art. 82, comma 2, lettera a) (lavori a misura) dello stesso d.lgs. ed esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 122, comma 9.

Con determinazione n. 107 del 18.6.2012 è stato approvato il verbale di aggiudicazione provvisoria dei lavori all'impresa NR GENIO CIVILE srl ed in pari data l'impresa Riccardo Cianfaglione srl ha chiesto l'attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'impresa aggiudicataria provvisoria, sulla base delle motivazioni espresse al riguardo.

La S.A., non avendo ravvisato " *elementi specifici*" di anomalia ha ritenuto di disattendere la suddetta richiesta, sicché l'impresa Riccardo Cianfaglione srl, per il tramite di un legale, ha inviato il preavviso di ricorso giurisdizionale ex art. 243- *bis* del citato d.lgs. n. 163/2006.

Sostanzialmente la S.A. chiede - come correttamente divisato dalla controinteressata NR Genio Civile srl, aggiudicataria provvisoria - " *se sia legittimo, o meno, procedere all'aggiudicazione definitiva dei lavori all'impresa che ha presentato il massimo ribasso, senza procedere alla verifica della congruità dell'offerta, qualora siano pervenute meno di cinque offerte valide e, quindi, non risulti applicabile la c.d. esclusione automatica delle offerte*".

A tal riguardo, si evidenzia innanzitutto che l'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006 statuisce, per quanto ne occupa, che " *1. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. (...) 3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. (...) 4. Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3*".

Sicché, il richiamato terzo comma reca una norma di chiusura per la quale, in ogni caso, le stazioni appaltanti " *possono*" valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

L'impresa seconda classificata Riccardo Cianfaglione srl, lamenta, in proposito, che l'offerta aggiudicataria provvisoria non è stata assoggettata alla verifica di anomalia, ancorché caratterizzata da un ribasso (34%) all'evidenza assai più elevato (ben 10 punti) rispetto a quelli delle altre ditte concorrenti.

Dal canto suo, l'impresa aggiudicataria provvisoria, pur consapevole del fatto che, nel caso in esame,

non ricorrono i presupposti per la verifica obbligatoria dell'anomalia, ma, al più, la flessibile disciplina di cui al citato comma 3 dell'art. 86, afferma, a quest'ultimo riguardo, che " *l'offerta deve apparire anormalmente bassa - in base ad elementi specifici - alla stazione appaltante e non al secondo classificato* ", per farsi luogo alla verifica facoltativa.

La medesima impresa aggiudicataria richiama, in proposito, l'art. 121, comma 8, del d.p.r. n. 207/2010 che si attaglia alla fattispecie disponendo che " *Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci e di conseguenza non si proceda all'esclusione automatica delle offerte, pur se prevista nel bando, e alla determinazione della soglia di anomalia, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruità di cui all'articolo 86, comma 3, del codice...Nel caso in cui...la stazione appaltante non si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, del codice, il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, aggiudica provvisoriamente la gara* ".

In merito al carattere facoltativo della verifica di congruità dell'offerta, la stessa impresa richiama la determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 ed il parere n. 153 del 9 settembre 2010 di questa Autorità, nonché alcune sentenze della giustizia amministrativa.

Tanto precisato, si osserva *in limine* che nessun appunto specifico può essere mosso all'operato della S.A. che non ha ritenuto di ricorrere al potere di controllo dell'offerta più bassa, e dunque da considerarsi la migliore secondo la disciplina della procedura negoziata applicata, tenuto conto del metodo di aggiudicazione prescelto.

Ed invero, la facoltà di procedere comunque alla valutazione della congruità del ribasso, ai sensi dell'art. 86, terzo comma, del codice dei contratti pubblici, presuppone un giudizio tecnico-discrezionale della stazione appaltante circa il sospetto di anomalia dell'offerta " *in base ad elementi specifici* ", come ricordato dal legislatore.

Solo in tale ipotesi, il sub-procedimento di verifica dell'anomalia deve essere aperto dalla stazione appaltante che, sulla base di elementi oggettivi, procede a richiedere chiarimenti da parte dell'impresa.

Tale attività costituisce, indubbiamente, espressione della discrezionalità riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici, sindacabile solo in presenza di macroscopica irragionevolezza, che nella specie potrebbe, tuttavia, ravvisarsi, consigliando per tal verso la verifica suddetta.

Invero, la scelta della S.A. di non effettuare tale verifica di per sé non può essere sindacata, salvo che non si rappresentino circostanze particolari che evidenzino una possibile anomalia dell'offerta e che quindi mostrino come affetta da illogicità manifesta la mancata verifica.

A questo riguardo, occorre tener conto che l'impresa controinteressata, a supporto delle proprie tesi, non si è limitata ad evidenziare la forte differenza tra il ribasso offerto dalla medesima e dalla altre ditte concorrenti (di valore compreso tra il 21% ed il 25,6%), e quello oggetto di offerta da parte dell'aggiudicataria provvisoria, pari al 34%, ma ha prodotto una relazione di stima commissionata ad un professionista - dalla quale si evincerebbe che il ribasso massimo consentito nella fattispecie contrattuale in argomento non potrebbe superare la soglia del 26%, valutando la ricorrenza di una serie di condizioni favorevoli, quali quella della presenza sul territorio dell'impresa offerente - preannunciando ricorso giurisdizionale al competente TAR, ai sensi dell'art. 243- bis del d.lgs. n. 163/2006.

Quest'ultima norma - nel precisare che l'informativa in discorso non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale e che la stazione appaltante, entro quindici giorni, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela - fa presente che l'omissione della detta comunicazione e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

In punto di diritto, questa Autorità rammenta che, per costante insegnamento della giurisprudenza amministrativa, il giudizio sull'anomalia ha lo scopo di verificare in sintesi se l'offerta dia garanzia di una seria esecuzione del contratto, tenendo altresì presente che l'attendibilità di un'offerta va valutata " *nella sua globalità* " (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. V, 18.9.2009, n. 5589).

Per questo, l'art. 88, comma 7, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nello stabilire che, all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la Stazione appaltante dichiara l'eventuale esclusione dell'offerta che risulta, " *nel suo complesso, inaffidabile* ", va inteso nel senso che la valutazione dell'Amministrazione deve verificare l'affidabilità globale della proposta prima graduata mediante un giudizio sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme.

Con ciò, l'art. 86, co. 3, del Codice, si pone in linea con quella giurisprudenza comunitaria secondo cui il sistema legislativo italiano - che ancora l'attivazione del procedimento di verifica di anomalia ad un calcolo matematico automatico, imponendo alle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica tutte le offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia - è legittimo solo a condizione che sia fatto salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano ciò non di meno sospette (Corte di Giust. CE, 27 novembre 2001, CC-285-286/99).

Si tratta di previsione facoltizzante, volta a riconoscere la sussistenza del potere della stazione appaltante, anche al di là dei casi di anomalia legislativamente predeterminati.

Il legislatore, anzi, nel riconoscere tale facoltà, ha inteso evitare arbitrii delle stazioni appaltanti, laddove, anche per ragioni di economia dei mezzi giuridici, dispone che, perché si possa attivare la

verifica di anomalia facoltativa, occorre che vi sia un *fumus*, un sospetto di anomalia, sulla base di “*elementi specifici*”.

In conclusione, esclusa una possibile violazione di legge in quanto nessuna norma imponeva nel caso concreto alla S.A. di procedere alla individuazione della soglia di anomalia dell’offerta ed alla valutazione della congruità delle offerte risultate anomale, l’azione amministrativa potrebbe nondimeno (sempre in concreto) rivelarsi viziata da eccesso di potere, per la sussistenza di “*elementi specifici*” che, in base ad un criterio di ragionevolezza, avrebbero dovuto indurre alla verifica della congruità dell’offerta.

I superiori rilievi inducono, dunque, a rappresentare l’opportunità, nel caso concreto, di procedere alla verifica di congruità dell’offerta aggiudicataria provvisoria, prima di dar corso all’aggiudicazione definitiva.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore, nel caso concreto, l’esercizio della facoltà di procedere, ai sensi del comma 3 dell’art. 86 del Codice, alla verifica di congruità dell’offerta aggiudicataria provvisoria, prima di dar corso all’aggiudicazione definitiva.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 giugno 2013

Il Segretario Maria Esposito