

## **Parere n. 173 del 20/10/2010**

### **PREC 104/09/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 Zenith Services Group s.r.l. - Servizio di pulizia degli uffici comunali anno 2009 - Importo a base d'asta: € 152.436,12 - S.A.: Comune di Trapani.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 19 giugno 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Zenith Services Group s.r.l., in qualità di capogruppo della costituenda A.T.I. con L'AVVENIRE 90 Soc. Coop., ha lamentato la violazione dell'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, per avere il Comune di Trapani posto in essere, a suo avviso, un procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta manifestamente illegittimo e illogico.

Nello specifico, la capogruppo mandataria odierna istante ha evidenziato, dal punto di vista formale, una carenza motivazionale nel provvedimento di esclusione, asserendo che dallo stesso non era dato di evincere quali fossero state le valutazioni effettuate dalla stazione appaltante in relazione ai documenti comunicati dalle imprese, ed ha sottolineato, in punto di fatto, come la stessa Zenith Service Group s.r.l. fosse risultata aggiudicataria per lo stesso servizio, in una trattativa privata svolta dalla medesima stazione appaltante nel mese di dicembre 2008 per il trimestre gennaio-marzo 2009, con un ribasso del 30,11%, nonché per il periodo 11 maggio 2009-21 giugno 2009 con un ribasso del 32,38%, rivelandosi pertanto incoerente l'esclusione della società medesima nell'appalto di cui trattasi, per il quale è stato offerto un ribasso del 34,3%, più alto dei precedenti in quanto il servizio in questione aveva una durata molto maggiore, e cioè di 273 giorni. A detta dell'istante Zenith Service Group s.r.l., inoltre, poiché la società medesima aveva già svolto il servizio di pulizia nei locali del Comune di Trapani, le era stato possibile modulare la propria offerta con più precisione e, dunque, anche aumentare il ribasso. In altri termini, l'istante ha sostenuto che, pur mantenendo gli stessi livelli qualitativi di offerta, aveva potuto "permettersi" una maggiorazione dello sconto di 3,92 punti, rimanendo comunque nell'ambito di un'offerta congrua e ha puntualizzato, poi, come l'esiguità dell'utile di impresa, pari a € 968,95, non poteva essere di per sé motivo di esclusione, dato che per la società l'aggiudicazione avrebbe avuto altro tipo di vantaggi anche non strettamente economici. Tuttavia, nonostante l'articolata istruttoria, concretizzatasi - per sua stessa ammissione - in richieste di chiarimenti, in note di precisazioni ed anche in un'audizione, il Comune di Trapani ha provveduto all'esclusione, non dando il giusto peso - a suo avviso - a tutti gli elementi conoscitivi forniti per sgomberare il campo da ogni dubbio circa l'anomalia dell'offerta.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Trapani ha rappresentato: - di avere operato la verifica di n. 4 offerte anomale così come determinate a seguito di calcoli eseguiti in applicazione dell'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006; - di avere considerato anomala l'offerta dell'istante e quella di altre due società a seguito di un sub procedimento affidato ad un funzionario tecnico competente, come previsto alla pag. 18 del bando di gara nella parte intitolata "avvertenze"; - di avere documentato nella relazione del detto sub procedimento tutti gli elementi valutati anche alla luce degli specifici chiarimenti offerti dall'istante; - di avere valutato l'offerta nel suo complesso sulla base del principio della conservazione dell'utile dell'impresa e di avere verificato non tanto, come sostenuto dall'impresa, singoli aspetti incongruenti bensì appunto tutti gli aspetti congiuntamente; - di avere in ogni caso indicato analiticamente nella predetta relazione le incongruenze rilevate che, tutte insieme, avevano portato la stazione appaltante a ritenere inaffidabile l'offerta dell'istante; - di avere motivato l'esclusione in modo preciso, contrariamente a quanto affermato dall'istante, come può evincersi dalla lettura di detta relazione; - di non potersi fare un raffronto con i precedenti appalti come preteso dalla istante, in quanto affidati con trattative private.

In sede di contraddittorio documentale l'istante Zenith Services Group s.r.l. ha fatto pervenire un'ulteriore nota di osservazioni, alla luce dell'esame delle relazioni di verifica, compresa quella dell'impresa risultata aggiudicataria, insistendo nelle dedotte censure, in particolare rilevando che la stazione appaltante non avrebbe risposto nella motivazione alle specifiche precisazioni esposte ed avrebbe usato criteri di valutazione diversi per essa istante e per l'impresa risultata aggiudicataria.

#### *Ritenuto in diritto*

Al fine di definire la controversia sottoposta all'attenzione di questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, si deve rilevare che, sotto il profilo meramente formale e procedimentale, per quanto in atti, nessuna illegittimità può essere rimproverata alla stazione appaltante che ha agito secondo i dettami - ispirati al contraddittorio - di cui all'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, nel testo vigente all'epoca della pubblicazione del bando di gara (16 gennaio 2009), antecedente alla modifica normativa degli articoli 86, 87 e 88 del Codice dei contratti pubblici apportata dall'art. 4 quater D.L.

1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, che ha, tra l'altro, eliminato l'obbligo di corredare le offerte, sin dalla presentazione, dalle relative giustificazioni.

Risulta, infatti, e non è contestato nemmeno dall'istante, che la stazione appaltante ha correttamente dato spazio al suddetto principio del contraddittorio e che l'impresa stessa, nel corso di un'articolata istruttoria - concretizzatasi in richieste di chiarimenti, in note di precisazioni ed anche in un'audizione - ha avuto modo di supportare la propria offerta con gli elementi giustificativi ritenuti necessari. Quanto all'asserita impossibilità di vincere quali fossero state le valutazioni effettuate dalla stazione appaltante in relazione ai documenti comunicati dalle imprese, le stesse appaiono, invece, puntualmente documentate nella relazione elaborata dalla stazione appaltante a seguito dello svolgimento del sub procedimento di verifica delle offerte risultate anomale.

In relazione, poi, alla valutazione in concreto dell'anomalia dell'offerta, questa Autorità si è già pronunciata nel senso che compete all'Amministrazione il giudizio tecnico sulla congruità, serietà e realizzabilità dell'offerta, non essendo ammissibile una sindacabilità nel merito con effetto sostitutivo nell'esercizio di tale potere di valutazione. Gli apprezzamenti compiuti dalla Commissione giudicatrice in sede di riscontro dell'anomalia dell'offerta costituiscono, infatti, espressione di un potere di natura tecnico - discrezionale, improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità, che resta prerogativa di esclusiva competenza della stazione appaltante (pareri n. 17 del 12 febbraio 2009; n. 169 del 21 maggio 2008 e n. 213 del 31 luglio 2008).

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e sulla base della documentazione prodotta, che il Comune di Trapani abbia agito nel rispetto del principio del contraddittorio di cui all'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, nel testo vigente all'epoca della pubblicazione del bando di gara, ferma restando l'esclusiva competenza della stazione appaltante in ordine al giudizio tecnico sulla congruità, serietà e realizzabilità dell'offerta.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010