

Parere n. 179 del 20/10/2010

PREC 103/09/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 SERVECO s.r.l. – Servizio di smaltimento di rifiuti pericolosi e non pericolosi prodotti dalla Direzione di Munizionamento – Importo a base d'asta € 136.000,00 – S.A.: Ministero della Difesa Marina Militare - Direzione di Munizionamento di Taranto.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 ottobre 2008 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Serveco s.r.l. ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla correttezza della procedura adottata dalla stazione appaltante per l'affidamento del servizio in oggetto, di importo inferiore alla soglia comunitaria, nell'individuazione delle offerte anormalmente basse.

In particolare, l'istante ha evidenziato che la propria offerta era la migliore non anomala, mentre la stazione appaltante, dopo avere provveduto all'esclusione automatica del 10% delle offerte di maggiore e minor ribasso (c.d. taglio delle ali) aveva poi arbitrariamente seguito una procedura *sui generis*, appunto aggiudicando provvisoriamente l'appalto ad un'impresa che aveva presentato un'offerta pari alla soglia di anomalia. Tale procedura – ad avviso dell'impresa istante – è da ritenersi in netto contrasto con quanto previsto dalle norme di partecipazione al punto 1 “Aggiudicazione”: *«il pubblico incanto è ad unico e definitivo esperimento e sarà aggiudicato alla ditta che avrà presentato lo sconto maggiore, unico e non anomalo riferito ai prezzi base riportati nell'allegato A) alla specifica tecnica»*, la cui corretta applicazione avrebbe, invece, dovuto condurre all'aggiudicazione alla miglior offerta non anomala.

La stazione appaltante, a seguito della richiesta di chiarimenti dell'Autorità del 16 aprile 2009, ha inviato una nota, pervenuta il 24 agosto 2009, in cui ha rappresentato che nell'appalto in questione, sotto soglia comunitaria, era stato seguito, come primo ed immediato riferimento normativo, l'art. 124 del D.Lgs. n. 163/2006, apportando una deroga con riferimento alla introdotta possibilità di valutare – da parte della Commissione – eventuali offerte anomale senza escluderle automaticamente con un procedimento solo matematico e senza alcun contraddittorio, ciò dopo avere provveduto al cd. “taglio delle ali”. L'introduzione di tale deroga – ad avviso della stazione appaltante – trova avallo nella giurisprudenza amministrativa e nelle posizioni espresse dalla Commissione Europea, che hanno stigmatizzato la mancanza di un adeguato contraddittorio tra la stazione appaltante e l'impresa che ha presentato un'offerta risultata anomala in base ad un mero procedimento matematico. Con questa premessa, la stazione appaltante ha precisato di avere, appunto, inserito nella *lex specialis* una disposizione attributiva di un potere valutativo ad apposita Commissione, con oggetto *«eventuali offerte anomale ai sensi dell'art. 124, comma 8 del D.Lgs. 163/2006»* (lett. d) del bando di gara) e ha ribadito la correttezza della condotta tenuta, che l'aveva portata all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto ad un'impresa che aveva presentato un'offerta pari alla soglia di anomalia, proprio a seguito di detta valutazione discrezionale ad opera della Commissione all'uopo istituita; evidenziando, da ultimo, la coerenza della scelta con la determinazione di questa Autorità n. 6 del 22 giugno 2005.

Successivamente, come risulta dalle note inviate all'Autorità sia dalla società istante che dalla

stazione appaltante, quest'ultima ha proceduto alla aggiudicazione definitiva alla TEOREMA S.p.A.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la legittimità dell'aggiudicazione della gara di cui trattasi, ai sensi dell'art. 124, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, ad un'impresa che ha presentato un'offerta pari alla soglia di anomalia, stante le previsioni contenute nella *lex specialis*.

Al riguardo, è necessario, preliminarmente, ricordare che il comma 8 del citato art. 124 del Codice dei contratti pubblici, nel testo vigente alla data di pubblicazione del bando di gara, stabiliva che: *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 86, comma 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque; in tal caso si applica l'art. 86, comma 3”*.

La stessa norma primaria in applicazione al caso di specie configura, dunque, come una facoltà della stazione appaltante quella di prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale, lasciando, quindi, margini di discrezionalità per superare la mera individuazione aritmetica del carattere anomalo delle offerte e prevedere, invece, un potere valutativo delle stesse in capo ad una Commissione. Ciò in quanto, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, *«costituisce regola generale che l'offerta giudicata potenzialmente incongrua non possa essere immediatamente esclusa, ma che su di essa la stazione appaltante deve al contrario muoversi nell'ottica di un'indagine volta a verificare l'eventuale anomalia, attraverso la richiesta di chiarimenti atti a giustificare ... l'offerta stessa e l'apparente anomalia, provvedendo poi all'eventuale esclusione soltanto nel caso in cui abbia valutato inadeguate le giustificazioni (cfr. C.d.S., Sez. V, 28 novembre 2005, n. 6651)*.

Peraltro, sul punto, il bando di gara, alla lett. d) prevedeva espressamente che: *“La gara avrà luogo ad unico esperimento e si procederà all'aggiudicazione a favore del concorrente che avrà presentato lo sconto massimo, unico percentuale, riferito ai prezzi base riportati nell'allegato n. 1 alla specifica tecnica. Apposita Commissione valuterà eventuali offerte anomale ai sensi dell'articolo 124, comma 8, del D.Lgvo 12.04.2006 n. 163. Alla presenza di meno di tre offerte valide si procederà all'aggiudicazione al concorrente che avrà formulato l'offerta più bassa, purché congrua”*.

Risulta evidente, pertanto, che la stazione appaltante ha correttamente applicato il dettato della norma primaria e puntualmente eseguito le prescrizioni della *lex specialis*, la quale attribuiva espressamente e senza margini di dubbio ad una apposita Commissione un potere valutativo delle offerte anomale, lasciando quindi uno spazio di discrezionalità idoneo a superare la mera individuazione aritmetica del carattere anomalo delle offerte.

Sgombrato il campo da tale radicale dubbio sulla correttezza del procedimento seguito si deve, infine, rilevare che, avendo partecipato alla procedura di gara sei concorrenti, la stazione appaltante, stante la previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 ha calcolato la soglia di anomalia secondo la procedura dettata dal comma 1 del medesimo art. 86 del Codice, valutando, come ivi previsto, *“la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore”* alla suddetta soglia di anomalia. Correttamente, pertanto, la stazione appaltante ha considerato suscettibile di valutazione l'offerta pari alla soglia di anomalia e a questa ha aggiudicato l'appalto dopo la verifica di congruità.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura adottata dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore e alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010