

## **Parere n. 54 del 11/03/2010**

**Protocollo** PREC 179/09/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 Villa San Giovanni – Riqualficazione del Litorale fra Punta Pezzo e Santa Trada – Importo a base d'asta €1.100.000,00 – S.A.: Comune di Villa San Giovanni

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 20 ottobre 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Villa San Giovanni ha rappresentato che la Commissione di gara ha ritenuto anomale le offerte presentate dalle imprese Scopelliti Antonino e Italcantieri e che, pur avendo presentato le imprese citate le giustificazioni a corredo dell'offerta, la Commissione medesima ha ritenuto di richiedere chiarimenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta. In esito alle risposte date dalle predette imprese, anche questa volta non ritenute esaustive, la Commissione provvedeva a richiedere ulteriori giustificazioni su voci ben definite, assegnando alle stesse un termine di dieci giorni ai sensi dell'art. 88, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006. In ordine a tale richiesta, la stazione appaltante ha riferito che l'impresa Scopelliti Antonino non ha risposto nel termine assegnato, in quanto la lettera raccomandata A/R con la quale si chiedevano chiarimenti è stata restituita al mittente per compiuta giacenza, mentre l'impresa Italcantieri rispondeva con un ritardo di ventuno giorni.

In riferimento alle circostanze sopra esposte, il Comune di Villa San Giovanni ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in ordine alla possibilità di escludere l'impresa Scopelliti Antonino per mancanza di risposta, ritenendo che il non ritiro della raccomandata è da imputare a difetto dell'impresa, e di escludere altresì l'impresa Italcantieri per risposta data al di fuori del termine assegnato.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, ha fatto pervenire proprie controdeduzioni solo l'impresa Scopelliti Antonino che, con nota del 13 gennaio 2010 ha rappresentato di aver comunque provveduto a fornire alla stazione appaltante le giustificazioni richieste e che la compiuta giacenza sarebbe dipesa da un disservizio postale.

### **Ritenuto in diritto**

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto occorre preliminarmente rilevare che, nel caso di specie, in merito alle modalità e ai termini per produrre le giustificazioni circa la riscontrata anomalia dell'offerta sia il bando che il disciplinare di gara non prevedono alcunché.

Ciò premesso, l'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, che si occupa precipuamente del procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anomale, nel testo vigente alla data di pubblicazione del bando (10 marzo 2009), che è quello anteriore alle modifiche introdotte all'articolo medesimo dal D.L. 1

luglio 2009, n. 78, stabilisce che “1. La richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell’offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l’offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili. 2. All’offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste. 3. La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all’articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell’offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi. 4. Prima di escludere l’offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l’offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile. 5. Se l’offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione”.

Dal tenore letterale della disposizione in esame non si evince che la mancata produzione delle giustificazioni entro un determinato termine sia causa di esclusione dalla gara, al riguardo tuttavia appare pertinente riflettere sulla *ratio* sottesa alla produzione delle giustificazioni dell’anomalia dell’offerta, che è quella di consentire all’eventuale aggiudicatario di fornire chiarimenti sulle ragioni che consentono all’impresa di operare a condizioni particolarmente favorevoli per l’amministrazione, garantendo nel contempo la corretta e puntuale esecuzione dell’appalto.

In tale contesto, il confronto tra l’Amministrazione e l’offerente, la cui offerta è sospetta di anomalia, rappresenta indubbiamente un momento imprescindibile ai fini del rispetto dei principi comunitari che regolano la materia (Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072). Tuttavia, appare evidente che tale legittimo contraddittorio non può mai essere dilatato ulteriormente a danno di altri concorrenti principi, ai quali la procedura concorsuale deve attenersi, vale a dire la “*par condicio*” tra i partecipanti, la trasparenza, la speditezza delle operazioni concorsuali (TAR Lazio, Sez. I bis, 27 ottobre 2004, n. 11948). Ne consegue che il problema del termine entro cui presentare gli elementi giustificativi circa l’affidabilità dell’offerta presentata, richiesti dalla stazione appaltante, va risolto nel senso che detto termine ha natura perentoria, avendo come finalità sia quella di garantire il contraddittorio in condizioni di parità tra tutti i concorrenti, sia quella di garantire il pubblico interesse, assicurando la definizione della gara in tempi rapidi e, comunque, certi (TAR Lazio, Sez. III ter, 20 marzo 2008, n. 2502). A sostegno di tale conclusione, depone anche la *ratio* ispiratrice del comma 5 del medesimo art. 88, ove il legislatore ha sancito la non obbligatorietà dell’audizione dell’interessato, qualora costui non si presenti alla data fissata dalla Commissione. L’intera disciplina del procedimento di verifica dell’anomalia è caratterizzata, infatti, da una scansione temporale rapida, che tende a contemperare le esigenze dell’impresa direttamente interessata con quelle delle altre partecipanti nonché con quelle della stazione appaltante a definire la gara con sollecitudine. Ne consegue che è proprio la funzione svolta dai termini assegnati in tale contesto all’offerente a giustificare la perentorietà.

Tali considerazioni inducono a ritenere che l’impresa Italcantieri, avendo presentato gli elementi giustificativi richiesti con un ritardo di ventuno giorni, può essere esclusa per mancata risposta entro il termine assegnato dalla stazione appaltante ai sensi dell’art. 88, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Quanto all’impresa Scopelliti Antonino, che, come riportato nella nota del 13 gennaio 2010, ha provveduto in ritardo a fornire le giustificazioni richieste, rilevando che la compiuta giacenza della richiesta della stazione appaltante è dovuta a disservizio postale, si rappresenta che, al fine di valutare la sussistenza dei presupposti per giustificare, nella specie, il ritardo nella presentazione delle suddette giustificazioni, è necessario che il concorrente specifichi la natura del lamentato disservizio postale e fornisca adeguata documentazione probatoria dell’oggettiva impossibilità o estrema difficoltà di rispettare il termine assegnato ai sensi dell’art. 88, comma 2, del D.Lgs. n.

163/2006. Poiché agli atti del presente procedimento di precontenzioso non risulta alcuna documentazione idonea a fornire una siffatta prova, si rimette alla stazione appaltante ogni valutazione al riguardo nei termini sopra indicati.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'impresa Italcantieri, avendo presentato gli elementi giustificativi richiesti con un ritardo di ventuno giorni, può essere esclusa per mancata risposta entro il termine assegnato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 88, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006;
- al fine di valutare la sussistenza dei presupposti per giustificare il ritardo nella presentazione delle giustificazioni da parte dell'impresa Scopelliti Antonino, è necessario che il concorrente specifichi alla stazione appaltante la natura del lamentato disservizio postale e le fornisca adeguata documentazione probatoria dell'oggettiva impossibilità o estrema difficoltà di rispettare il termine assegnato ai sensi dell'art. 88, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Marzo 2010