

## **Parere n. 16 del 26 gennaio 2011**

### **PREC 220/10/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 T.E.R.G.A. Service S.r.l. – Affidamento del servizio di stampa ed imbustamento dei plichi contenenti le contravvenzioni al Codice della strada per la conseguente postalizzazione, nonché l'elaborazione dei file immagine in formato pdf dei documenti trattati e la scannerizzazione dei modelli 23L, dei CAD e dei CAN – Importo a base d'asta: €570.000,00 – S.A.: Comune di Napoli.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 1 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa istante T.E.R.G.A. Service S.r.l. ha contestato l'operato della Commissione di gara che non ha proceduto, nella seduta del 7 giugno 2010, alla determinazione della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, pur in presenza di n. 11 offerte presentate, di cui n. 8 ammesse, ed ha proceduto senz'altro all'aggiudicazione provvisoria a favore della ditta COMER SERVIZI S.r.l., che aveva offerto il ribasso del 51,07%, demandando (come si rileva dalla comunicazione prot. n. 3723 del 5 luglio 2010) al RUP la verifica della congruità dell'offerta presentata dalla ditta provvisoriamente aggiudicataria, a seguito delle osservazioni formulate dall'impresa istante.

All'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 4 ottobre 2010, hanno fatto seguito, in data 12 ottobre 2010, la memoria della stazione appaltante, che ha rassegnato alla valutazione di questa Autorità l'iter procedimentale seguito per l'aggiudicazione della gara in oggetto, ed in data 14 ottobre 2010 le deduzioni dell'impresa controinteressata COMER SERVIZI S.r.l., che ha dichiarato di aver fornito in data 26 luglio 2010 le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante circa la congruità del ribasso offerto.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame concerne la correttezza del procedimento di verifica delle offerte anomale seguito dalla stazione appaltante nel caso di specie.

Al riguardo occorre preliminarmente rilevare che il Codice dei contratti pubblici, approvato con D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, all'art. 86 comma 1, dettato per i contratti a rilevanza comunitaria –

come quello in esame – quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, rende obbligatorio un particolare metodo di individuazione delle offerte anormalmente basse, ai fini della valutazione della loro congruità.

Dispone, infatti, il comma 1 dell'art. 86, che *“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”*.

A mente del comma 4, poi, *“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”*.

Quest'ultimo comma, infine, stabilisce che *“In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

Da ciò discende che, in tema di gara per l'affidamento di appalti pubblici di rilevanza comunitaria, la stazione appaltante non ha discrezionalità nella fase preliminare di individuazione delle offerte anomale, che sono già individuate *ex lege*, secondo i parametri indicati dal citato art. 86, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, ma ciò non la esime dal seguire il procedimento disciplinato dai successivi artt. 87 e 88 (TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 6.11.2008, n. 1457).

I punti cardine della disciplina legislativa dell'offerta anomala sono, quindi, i seguenti: la determinazione della soglia di presunta anomalia che dà luogo al doveroso esercizio, da parte della stazione appaltante, della potestà di valutazione della congruità dell'offerta; l'esclusione dell'applicazione di tale criterio di determinazione soltanto qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque; in ogni caso, la facoltà di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base a elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Nel caso di specie, è stata indetta con D.D. n. 283 del 28 dicembre 2009 la gara d'appalto in oggetto, mediante procedura aperta e con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. Delle undici offerte presentate ne venivano ammesse otto, per cui ai sensi del citato art. 86, comma 4, del D.Lgs n. 163/2006 sussisteva, in capo alla stazione appaltante, l'obbligo di verifica delle offerte con sospetto di anomalia sulla base delle previsioni del suddetto comma 1 del medesimo articolo. Stanti le susposte considerazioni, dunque, fondate si appalesano le censure dell'impresa istante T.E.R.G.A. Service S.r.l., con riferimento al *modus procedendi* adottato dalla stazione appaltante nella fattispecie.

Infatti, come sottolineato dalla giurisprudenza, l'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 sottopone il canone dell'anomalia ad un criterio di valutazione oggettivo, a tutela di un bene generale quale il rispetto della concorrenza e del mercato (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 11 gennaio 2008, n. 163); e il rispetto di tale valore, cui è funzionalizzato il relativo procedimento delineato nei successivi articoli 87 e 88, si traduce nel rigoroso controllo della serietà dell'offerta e dell'affidabilità dell'offerente, imponendosi a tutti i soggetti che operano in veste di partecipanti alla pubblica gara. Pertanto, in virtù delle considerazioni sopra svolte, nel caso in esame la stazione appaltante era tenuta, a termini di legge, a procedere alla verifica di congruità delle offerte ammesse, come si ricava anche dalla Determinazione di questa Autorità n. 6 dell'8 luglio 2009, in tema di procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse, con particolare riferimento al criterio del prezzo più basso, di cui appare opportuno riportare i passaggi più significativi in relazione alla fattispecie oggetto del presente parere.

L'articolo 88, comma 7, del Codice – come modificato dall'articolo 2, comma 1, lettera r), numero 2), del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 e successivamente modificato dall'articolo 4-*quater*, comma 1, lettera d) punto 6), del D.L. 1° luglio 2009, n. 78 – prevede che *“La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione*

*appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala".*

Il terzo decreto correttivo ha, com'è noto, limitato la possibilità di utilizzo dell'esclusione automatica dalle gare indette al prezzo più basso agli appalti di lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro ed agli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 100.000 euro.

Ai sensi di quanto disposto dagli articoli 86, 87 e 88 del Codice dei contratti pubblici, la procedura di verifica dell'anomalia delle offerte (esame degli elementi costitutivi dell'offerta, se del caso mediante una commissione di esperti, tenendo conto delle giustificazioni fornite) si articola nelle seguenti fasi: a) determinazione della cosiddetta "soglia di anomalia"; b) esame delle giustificazioni già presentate dagli offerenti in sede di offerta; c) fase del contraddittorio scritto che prende l'avvio con la eventuale richiesta scritta all'offerente di ulteriori giustificazioni; all'offerente va assegnato un termine non inferiore a dieci giorni; d) eventuale richiesta all'offerente di ulteriori chiarimenti sempre per iscritto, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi; e) fase del contraddittorio orale, che si svolge previa convocazione dell'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi, nel corso della quale la stazione appaltante invita l'offerente ad indicare ogni elemento che ritenga utile; qualora l'offerente non si presenti alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

Determinata la "soglia di anomalia" è previsto il seguente procedimento, nel caso degli appalti di importo pari o superiore ad 1.000.000 di euro per i lavori pubblici ed a 100.000 euro per servizi e forniture come quello in oggetto: - valutazione, ai sensi dell'articolo 88 del Codice, della congruità di tutte le offerte ammesse a partire dalla prima migliore offerta; la valutazione termina quando si ritiene una offerta non anomala; - aggiudicazione dell'appalto al concorrente la cui offerta di ribasso sia stata ritenuta, a seguito della valutazione di anomalia, non anomala.

La valutazione della congruità o non congruità delle offerte, poi, deve essere effettuata attraverso un'analisi globale e sintetica delle singole componenti di cui si articola l'offerta e della incidenza che queste hanno sull'offerta considerata nel suo insieme. La verifica deve essere, pertanto, finalizzata ad accertare se la non congruità di una o più componenti dell'offerta si traduce nella inattendibilità dell'offerta nel suo insieme (cfr. CGA n. 520/01, CdS. n. 882/02, CdS sez. V 28/1/2009 n. 466, CdS sez., VI, 8 marzo 2004, n. 1072; CdS, sez. V, n.814/99 e n. 882/02, TAR Catania, sez. III, 5/9/2007 n. 1393; TAR. Lombardia Milano sez. III 23/2/2009 n. 1356).

La giurisprudenza ha, inoltre, da tempo, affermato che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si configura come sub-procedimento all'interno del procedimento di scelta del contraente, collocato dopo la fase dell'apertura delle buste e prima dell'aggiudicazione dell'appalto (cfr. TAR Lazio, Sez. II-ter, 9 luglio 2008, n. 6478).

Al riguardo, l'articolo 88 del Codice delinea un sub-procedimento di verifica delle offerte anomale di cui disciplina la fase istruttoria, prevedendo le modalità di richiesta di giustificazioni, i termini concessi al concorrente, le modalità di svolgimento in contraddittorio della fase di verifica.

Come sopra evidenziato, il D.Lgs. n. 152/2008 ha modificato il comma 7 dell'art. 88 del Codice dei contratti pubblici, disponendo che solo all'esito del procedimento di verifica delle offerte di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni e pronuncia l'aggiudicazione in favore della migliore offerta non anomala, mentre con la previgente formulazione l'esclusione veniva dichiarata ogni qual volta la singola offerta fosse risultata non affidabile.

Pertanto, mentre la precedente formulazione del comma 7 dell'art. 88 del Codice dei contratti pubblici stabiliva che la stazione appaltante iniziava verificando la prima migliore offerta e, qualora la escludeva, procedeva allo stesso modo rispetto ad altre offerte, l'attuale formulazione

della norma prevede che dopo la verifica della prima migliore offerta, se questa è ritenuta anomala, si procede alla verifica delle altre offerte senza dichiarazione di esclusione, che verrà comminata solo all'esito del procedimento di verifica.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2011*

Il Segretario: Maria Esposito