

Parere n.199 del 10/11/2011

PREC 118/11/L

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 Bosco srl – Procedura aperta per l'appalto dei lavori di sistemazione e messa in sicurezza della S.P. Rodi Milici-Fondachelli Fantina Interventi strutturali del Piano Viabile – Importo a base d'asta: euro 1.173.000,00 – S.A.: Provincia Regionale di Messina.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società Bosco srl ha presentato la domanda in oggetto indicata, con la quale ha chiesto il parere di questa Autorità in merito all'esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Provincia Regionale di Messina in suo danno per incongruità dell'offerta presentata. In particolare l'istante lamenta la mancata considerazione delle cause ostative, che hanno impedito alla società di presentare nei termini le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante, e la violazione del principio del contraddittorio nel procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Al riguardo la società riferisce di aver partecipato alla gara *de qua*, di essersi classificata prima in graduatoria e di aver appreso, soltanto mediante consultazione del sito della stazione appaltante, che la propria offerta era stata sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia e che doveva presentare le opportune giustificazioni di congruità dell'offerta entro il 20.4.2011.

Nella seduta del 20.4.2011 la Commissione, costituita per la verifica di congruità delle offerte, ha ritenuto necessario acquisire ulteriore documentazione dalla società Bosco srl e, pertanto, la stazione appaltante con nota n. 15321 del 22.4.2011 ha richiesto tale documentazione, assegnando alla concorrente termine fino al 26.4.2011 per la presentazione della stessa. Con nota del 26.4.2011 l'istante ha domandato di ricevere la nota prot.1225 del 1.4.2011 della stazione appaltante non pervenuta ed una proroga di dieci giorni per la presentazione delle integrazioni in considerazione del periodo pasquale. La stazione appaltante ha accolto in parte qua la richiesta e con nota prot. 15575 del 26.4.2011 ha concesso termine fino al 2.5.2011 per la presentazione delle giustificazioni. Con nota del 2.5.2011 l'istante ha comunicato di non potere essere presente alla convocazione stabilita ed ha chiesto di voler fissare un'altra data per dar seguito al procedimento in esame. Nella seduta del 3.5.2011, la Commissione, non avendo acquisito la documentazione richiesta per escludere l'incongruità dell'offerta presentata dalla società Bosco srl, ha proceduto all'esclusione di quest'ultima.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato, ricostruendo tutte fasi e la tempistica del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. L'amministrazione precisa che con nota n. 12517 dell'1.4.2011 ha invitato le cinque imprese offerenti il maggior ribasso a presentare le giustificazioni relative alle voci di prezzo e che: *“l'esclusione dell'Impresa Bosco è dipesa dall'inaffidabilità dell'offerta e non*

dal mancato rispetto del termine assegnato per la produzione delle integrazioni in conformità a quanto previsto dalla giurisprudenza amministrativa del TAR Napoli (cfr. TAR Napoli sez. I, 26 febbraio 2009, n. 1116)”.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Al riguardo occorre preliminarmente considerare che ai sensi degli articoli 86, 87, 88 D.Lgs. 163/2006 il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si articola in più fasi: a) determinazione della soglia di anomalia; b) primo contraddittorio scritto, mediante richiesta al concorrente, la cui offerta sia anormalmente bassa, di presentare idonee giustificazioni, con assegnazione di un termine non inferiore a quindici giorni; c) secondo contraddittorio scritto, mediante richiesta al concorrente di ulteriori chiarimenti, con assegnazione di un termine non inferiore a cinque giorni; d) contraddittorio orale, mediante convocazione del concorrente, con preavviso non inferiori a tre giorni lavorativi ed invito ad indicare ogni elemento che ritenga utile. Qualora il concorrente non si presenti alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione; e) esclusione dell'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta nel suo complesso, inaffidabile. (cfr. in tal senso AVCP determinazione n. 6 del 8.7.2009, anteriore alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della l. 102/2009)

Venendo al caso in esame, a parte ogni altro rilievo che rimane assorbito dalle considerazioni che seguono, si osserva che l'operato della stazione appaltante non è conforme alla disciplina su citata, peraltro puntualmente richiamata anche dal bando di gara, in virtù del quale *“per i criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse, si applicano le disposizioni degli articoli 81, 86 commi 1, 3, 3bis, 3 ter, e 4, 87 commi 2, 3, 4bis e 5, 88 commi 1, 1 bis, 2, 3, 4 e 5 nonché il comma 9 dell'art.122 del D.Lgs. 12.4.2006 n.163 e ss.mm.ii. (...) nel procedimento di verifica ed esclusione delle offerte anormalmente basse, l'amministrazione procederà contemporaneamente alla verifica di anomalia delle prime cinque migliori offerte, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5 dell'art.88 D.Lgs. 12 aprile 2006 e ss.mm.ii.”* (art.14).

La stazione appaltante, infatti, ha completamente omissso la fase del contraddittorio orale, che in virtù della modifica apportata dalla L. 102/2009 all'art. 88 D.Lgs. 163/2006, comma 5, deve precedere l'esclusione dell'offerta. L'Amministrazione, pur avendo correttamente interpretato l'art. 88 D.Lgs. 163/2006, quando afferma nel provvedimento di esclusione: *“si fa presente che la malattia accusata dal Vs. rappresentante legale non impediva la presentazione a questo ente della documentazione necessaria per escludere l'incongruità dell'offerta ai sensi dell'art. 88, comma 1-bis, del D.lgs. 12 aprile 2006 n.163”*, non ha poi tenuto presente la disposizione del successivo comma 4 ed ha disposto l'esclusione della società Bosco srl dopo la scadenza del termine assegnato all'istante per il contraddittorio scritto. In vero, decorso tale termine e riscontrato il perdurare degli elementi di anomalia dell'offerta *de qua*, la stazione appaltante avrebbe dovuto convocare l'istante con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi, chiedendogli di precisare ogni elemento utile per risolvere il sospetto di anomalia dell'offerta e, soltanto dopo lo spirare di detto ulteriore termine, avrebbe potuto procedere alla sua esclusione in virtù di un giudizio complessivo di inaffidabilità dell'offerta stessa, anche nel caso in cui quest'ultimo non si fosse presentato alla convocazione.

Sotto altro profilo, si osserva che il provvedimento di esclusione non è correttamente motivato. Al riguardo l'Autorità ha già precisato che *“per quanto attiene alla motivazione del giudizio di*

anomalia, nel caso di giudizio negativo, la stessa deve essere necessariamente rigorosa e puntuale (per consentire al concorrente dichiarato anomalo di avere consapevolezza delle motivazioni poste a base della valutazione di anomalia ed, eventualmente, per poter efficacemente chiedere di sindacare in sede giurisdizionale il provvedimento a lui avverso); nel caso di giudizio positivo, la motivazione può essere meno analitica, potendo essere costruita per relationem alle giustificazioni fornite dal concorrente” (cfr. AVCP determinazione n. 6 dell’8 luglio 2009).

Di contro la stazione appaltante, sebbene precisi nella nota prot. 24884/11 inviata all’Autorità che l’esclusione dell’impresa Bosco non è stata disposta per effetto del mancato rispetto del termine assegnato per la produzione delle integrazioni, ma per l’inaffidabilità dell’offerta, come rilevabile del verbale n. 2 della Commissione di gara, nel provvedimento in questione non richiama il contenuto del predetto verbale né del precedente e comunica semplicemente quanto segue “*essendo detto termine inutilmente trascorso, codesta impresa viene esclusa dall’appalto dei lavori indicati in oggetto*”, precisando, come sopra rilevato, che la malattia del rappresentante legale non impediva la presentazione della documentazione richiesta.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’operato della stazione appaltante non sia conforme all’art. 88 D.Lgs. 163/2006.

I CONSIGLIERI: Pietro Calandra, Alfredo Meocci

IL PRESIDENTE f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito