

Parere n.92 del 06/06/2012

PREC 23/12/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla società La Fattoria srl – Procedura aperta per l’affidamento del servizio di fornitura, somministrazione e distribuzione giornaliera di pasti freschi, caldi occorrenti per gli alunni frequentanti le scuole dell’infanzia comunale per il biennio scolastico 2011/12 – 2012/13 Importo a base d’asta €321.320,00 - S.A.: Comune di Grumo Nevano (NA).

Procedimento di verifica dell’anomalia delle offerte: artt. 86, 87, 88 D.Lgs. 163/2006

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società La Fattoria srl ha presentato l’istanza in epigrafe indicata, con la quale ha chiesto l’avviso di questa Autorità in merito alla correttezza del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta posto in essere dalla stazione appaltante.

Al riguardo l’istante ha fatto presente: (i) di aver ricevuto in data 18.11.2011 richiesta di giustificare elementi della propria offerta ritenuta anomala; (ii) di aver inoltrato in data 21.11.2011 all’Amministrazione comunale memorie scritte contenenti le giustificazioni richieste; (iii) di aver successivamente ricevuto comunicazione verbale da parte del RUP “in maniera del tutto informale ed irrituale” che la società sarebbe stata esclusa dalla gara, in quanto le giustificazioni fornite non sarebbero state ritenute persuasive. Agendo in tal modo, la stazione appaltante avrebbe violato le disposizioni del D.Lgs. 163/2006, che impongono alla stazione appaltante di far seguire alla richiesta di giustificazioni – prima dell’esclusione – il contraddittorio con l’offerente.

Conseguentemente La Fattoria con nota del 23.11.2011 ha chiesto alla stazione appaltante l’instaurazione dell’omesso contraddittorio ex art. 88, comma 4, D.Lgs. 163/2006 e quest’ultima con nota del 24.11.2011 ha formalmente escluso l’istante dalla gara e con successiva nota del 5.12.2011 ha invitato il rappresentante della società a presentarsi ai sensi del citato articolo presso la casa Comunale il giorno 12.12.2011.

A riscontro dell’istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la società Gemeaz Cusin S.p.a., aggiudicataria della gara, non ha fatto pervenire considerazioni sulla vicenda in contestazione, e la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, avendo comunque instaurato il contraddittorio ex art. 88 D.Lgs. 163/2006 con l’istante, all’esito del quale la Commissione con verbale n. 10 del 16.12.2011 ha confermato l’incongruità delle giustificazioni prodotte ed ha disposto per l’esclusione dalla gara della La Fattoria, aggiudicando la stessa alla Società Gemeaz Cusin spa, terza classificata.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ed il conseguente provvedimento di esclusione delle ditte classificatesi prima e seconda.

Al riguardo è opportuno considerare che il Codice dei Contratti pubblici disciplina il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse agli artt. 86, 87 ed 88, articolando quest'ultimo in distinti momenti: individuazione delle offerte sospettate di anomalia (primo momento); richiesta di giustificazioni degli elementi ritenuti non congrui (secondo momento); presentazione da parte del concorrente degli elementi giustificativi richiesti (terzo momento); valutazione delle giustificazioni ed eventuale richiesta di fornire le precisazioni ritenute pertinenti (quarto momento); valutazione degli elementi costitutivi dell'offerta tecnica alla luce delle precisazioni fornite (quinto momento); invito del concorrente a presentare ogni elemento che ritiene utile ad escludere il sospetto di anomalia, se persiste, prima di procedere alla sua esclusione (sesto momento); decisione conclusiva (settimo momento).

Appare dunque evidente che gli artt. 86, 87 ed 88 delineano un vero e proprio sub-procedimento, regolando nel dettaglio, le modalità per la richiesta di giustificazione da parte della stazione appaltante, i termini concessi all'interessato per fornire proprie giustificazioni, le modalità di svolgimento del contraddittorio. Al riguardo è opportuno sottolineare che il legislatore ha ritenuto necessario – novellando l'originaria formulazione dell'art. 88 D.Lgs. 163/2006 - introdurre due distinti momenti di confronto e collaborazione tra il concorrente e la stazione appaltante: nel primo la stazione appaltante chiede all'offerente delucidazioni su specifici elementi dell'offerta; nel secondo l'offerente può presentare qualsiasi chiarimento sulle ragioni che gli consentono di operare a condizioni particolarmente favorevoli, idonee a giustificare la serietà, congruità e realizzabilità dell'offerta presentata. I due momenti di confronto, stante la differenza dei contenuti degli stessi, non sono sovrapponibili e mirano a tutelare, da un lato, l'interesse della stazione appaltante a contrarre con un concorrente che abbia formulato l'offerta sulla base di elementi oggettivi, che assicurano la compatibilità della stessa con gli obiettivi dell'esecuzione della prestazione a regola d'arte, e, dall'altro, l'interesse imprenditoriale dell'operatore economico a sfruttare particolare situazioni favorevoli per risultare aggiudicatario dell'affidamento.

A tutela di tali interessi i due momenti di confronto di cui sopra debbono precedere l'esclusione dalla gara, che deve essere frutto di una valutazione globale, diretta ad accertare se le componenti risultate anomale abbiano influenzato l'attendibilità dell'offerta complessivamente considerata (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n.4969 del 24.8.2006).

Venendo al caso in esame, si osserva che risulta *per tabulas* e non è contestato dalle parti che il contraddittorio di cui all'art. 88, comma 4, D.Lgs. 163/2006 è stato posto in essere dalla stazione appaltante dopo l'adozione del provvedimento di esclusione del 23.11.2011. Ne discende che la palese violazione del principio del contraddittorio in danno all'istante, il quale non ha potuto fornire per tempo ogni elemento utile a sostegno della contestata congruità della medesima offerta, ha viziato tale provvedimento di esclusione.

Di qui l'ineludibile necessità di ripetere il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, dando conto nell'emanazione del nuovo provvedimento conclusivo dello stesso, non soltanto delle singole voci dell'offerta ritenute inattendibili, ma anche dell'esame globale della stessa, che evidenzia l'incidenza di queste ultime sull'offerta complessivamente considerata. La mera riapertura del procedimento, quindi, non è di per sé sufficiente a ritenere che l'operato della stazione appaltante sia esente da censure.

Nel caso di specie, sebbene quest'ultima abbia provveduto a riaprire il sub procedimento di verifica dell'anomalia, disponendo la convocazione dell'istante ex art. 88, comma 4, D.Lgs. 163/2006, dalla

memoria presentata della stazione appaltante non si evince che la Commissione di gara abbia effettivamente riscontrato che l'offerta *de qua* nel suo complesso non sia seria ed inattendibile con riferimento alla realtà del mercato e a quella propria del concorrente. La stazione appaltante, infatti, riferisce solamente che con verbale n. 10 del 16.12.2011 – non prodotto – la Commissione di gara si è pronunciata sulle giustificazioni prodotte confermando l'incongruità delle stesse e provvedendo ad escludere dalla gara la ditta. Conseguentemente anche il nuovo provvedimento di esclusione - se adottato dalla stazione appaltante – risulterebbe viziato in difetto di una valutazione negativa sull'offerta globalmente desiderata.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia esente da censure.

I CONSIGLIERI: Piero Calandra, Alfredo Meocci

IL PRESIDENTE: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 giugno 2012

Il Segretario: Maria Esposito