

Parere n.2 del 8/1/2015

PREC 258/14/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da DBM International srl – Procedura aperta per l'affidamento della fornitura e posa in opera di un sistema di attrezzature finalizzate all'allestimento del punto ecologico informatizzato dedicato alla raccolta differenziata oltre fornitura di attrezzature per il compostaggio domestico – Importo a base di gara 111.200,00 euro – Istanza presentata singolarmente dall'operatore economico – S.A.: Città di Martina Franca

Giudizio di anomalia dell'offerta – Discrezionalità tecnica – Procedimento di verifica dell'anomalia –Termini –Principio di effettività del contraddittorio

Il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Il procedimento di verifica dell'anomalia deve svolgersi secondo la tempistica individuata dal Codice dei contratti pubblici, che ha natura dilatoria, pertanto i termini assegnati dalla stazione appaltante non possono essere inferiori a quelli previsti dall'art. 88 d.lgs. 163/2006.

Il corretto svolgimento del procedimento di verifica dell'analogia presuppone l'effettività del contraddittorio tra stazione appaltante e concorrente.

Artt. 86, 87, 88 d.lgs.163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 84535 del 25.7.2014 la DBM International srl ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla gara ritenendola viziata per difetto di motivazione e per violazione degli artt. 86 e ss. del Codice dei contratti pubblici che regolano lo svolgimento del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. In subordine la società ha chiesto l'annullamento di tutta la procedura e l'accesso agli atti di gara.

In sintesi l'istante sottolinea che il provvedimento di esclusione assunto all'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia è motivato con riferimento ad alcune difformità tra il prodotto offerto e quello richiesto, sebbene queste ultime non siano state oggetto di contraddittorio tra le parti. Conseguentemente, il sub-procedimento in esame solo formalmente avrebbe rispettato il principio del contraddittorio, finendo in realtà per violarlo da un punto di vista sostanziale. La stazione appaltante, inoltre, si sarebbe soffermata su singoli e specifici elementi dell'offerta senza valutare la congruità della stessa nel suo insieme.

Con nota prot. 0119666 del 29.10.2014 l'Autorità ha avviato il procedimento concedendo termine di dieci giorni alle parti per la presentazione di proprie considerazioni.

Con nota prot. n.0122331 del 4.11.2014 l'istante ha confermato le proprie censure al provvedimento in esame.

La stazione appaltante con nota prot. 0124428 del 10.11.2014 ha confermato che la DBM International srl è stata esclusa a seguito di verifica ex art. 88 d.lgs. 163/2006 e, non avendo impugnato il provvedimento *de quo*, è decaduta dalla facoltà di proporre ricorso giurisdizionale. Il comune di Martina Franca, inoltre, ha rappresentato che la gara è stata definitivamente aggiudicata con determinazione dirigenziale n.244 del 10.9.2014 e che la Regione Puglia ha sollecitato la conclusione della procedura, atteso che entro il 30.6.2015 l'opera deve essere completata, pena la perdita del finanziamento pubblico a valere sul P.O. FESR 2007-2013, Asse II, Linea d'intervento 2.5, azione 2.5.1.

Ritenuto in diritto

E' controverso se il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta sia stato correttamente svolto dalla stazione appaltante. Al fine di dirimere la questione sottoposta all'esame dell'Autorità occorre innanzi tutto ricostruire il quadro normativo di riferimento.

Al riguardo si osserva che la verifica dell'anomalia si attua attraverso un subprocedimento, che si svolge dopo la valutazione delle offerte economiche e prima dell'aggiudicazione. Più precisamente ai sensi degli articoli 86, 87 e 88 d.lgs. 163/2006, una volta terminata la valutazione delle offerte economiche, occorre:

- determinare la soglia di anomalia ex art. 86 d.lgs. 163/2006;
- formulare richiesta scritta all'offerente delle giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni ex art. 87 ed 88, comma 1, d.lgs. 163/2006 (prima fase del contraddittorio scritto);
- formulare eventuale richiesta all'offerente di ulteriori chiarimenti sempre per iscritto, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi ex art.88, comma 2, d.lgs. 163/2006 (seconda fase del contraddittorio scritto);
- convocare l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi ed invitare quest'ultimo 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 ex art. 88, commi 4 e 5, d.lgs. 163/2006 (fase del contraddittorio orale);
- procedere all'esclusione dell'offerta che all'esito del subprocedimento di anomalia risulti nel suo complesso inaffidabile (art. 88, comma 7, d.lgs. 163/2006).

La finalità della verifica in esame è quella di evitare che offerte troppo basse esponano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare. La stazione appaltante deve, infatti, aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore con l'aggiunta del normale utile d'impresa. La valutazione di congruità deve, quindi, essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4600; sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785; sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2070; sez. VI, 2 aprile 2010, n. 1893; sez. V, 18 marzo 2010, n. 1589; 12 giugno 2009, n. 3762).

Ciò posto, venendo al caso *de quo*, si osserva preliminarmente che «il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2012, n. 3737; 22 febbraio 2011, Tar Piemonte, sez. I, 21 novembre 2014, n.1892); il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 11 maggio 2012, n. 2732); anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire

il proprio giudizio a quello dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2012, n. 3340; 29 febbraio 2012, n. 1183)» (Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n.4516). I predetti limiti di sindacabilità operano anche con riguardo all'Autorità, che, quindi, non può procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta, al fine di non invadere né la competenza né la discrezionalità della stazione appaltante (cfr. Avcp, parere di precontenzioso, 5 giugno 2013, n.98), ma deve valutare il sub procedimento di valutazione dell'anomalia posto in essere dalla stazione appaltante nel rispetto di quanto sopra indicato.

Quest'ultimo nel caso in esame sulla base della documentazione in atti risulta viziato sotto distinti profili.

In primo luogo si rileva la violazione della disposizione dell'art.88, comma 1, che prevede per la prima fase del contraddittorio scritto un termine non inferiore a 15 giorni. Di contro con nota prot.15985 del 7.4.2014 la stazione appaltante ha invitato l'istante a presentare ai sensi e per gli effetti degli artt. 86, comma 1, 87, comma 1 e 88, comma 1 d.lgs. 163/2006 le giustificazioni dell'offerta prodotta entro il termine perentorio del 14 aprile, concedendo, quindi, alla DBM INTERNATIONAL srl solo 7 giorni, invece dei 15 previsti dal legislatore. Sul punto il Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 88 in esame prevede una scansione di natura dilatoria, i cui termini non possono essere inferiori a quelli ivi previsti (Cons. Stato, sez. VI, 24 agosto 2011, n.4801).

In secondo luogo si rileva che i "vizi" dell'offerta risultanti dal provvedimento di esclusione in realtà non appaiono essere stati oggetto di specifico contraddittorio tra stazione appaltante ed offerente.

In sintesi, l'oggetto dell'appalto è costituito dalla fornitura e posa in opera di un sistema di attrezzature finalizzate all'allestimento del punto ecologico informatizzato, dedicato alla raccolta differenziata nel territorio comunale, oltre alla fornitura di attrezzature per il compostaggio domestico. Nel provvedimento censurato la stazione appaltante individua le seguenti voci di difformità:

- "stazione remota gestione dati pc portatile": «la società ha fornito scheda tecnica del notebook nella quale sono riportate caratteristiche inferiori a quelle minime previste nel capitolato speciale [...] Nella documentazione non è presente il preventivo della suddetta fornitura»;
- "cassetta in legno": «la ditta ha fornito preventivo nel quale non è contenuto il pavimento della struttura di spessore 19 mm richiesto tra le caratteristiche minime della fornitura»;
- "impianto elettrico e climatizzatore per cassetta in legno": il preventivo relativo all'impianto elettrico e climatizzatore per cassetta in legno in realtà è inerente ad una fornitura di impianto elettrico presso la sede della società;
- "bilancia": «la società ha fornito il manuale di un terminale della marca Waage srl senza alcun riferimento alla piattaforma in acciaio inox di dimensioni 40x40 mm con portata 60kg. Non risulta il preventivo di tale fornitura»;
- "sistema di videosorveglianza": «la società ha offerto un modello di videoregistratore analogico anziché digitale [...]»;
- "totem multimediale" gli elementi forniti dalla società relativi al totem informatico multimediale non consentono la verifica d'idoneità e corrispondenza di quanto proposto alle caratteristiche tecniche richieste e minime al fine di garantire le prestazioni previste nel capitolato della medesima fornitura[...].».

Gli specifici rilievi concernenti le voci "cassetta di legno"; "impianto elettrico e climatizzatore per cassetta in legno", "bilancia" come riportati nel provvedimento di esclusione non risultano essere stati "contestati" prima all'odierna istante. Difatti con una prima nota prot. 0968/22432 del 7.4.2014 la stazione appaltante ha genericamente richiesto alla società di presentare le giustificazioni dell'offerta; tale concorrente ha provveduto con nota prot. 18060 del 14.4.2014 e la stazione

appaltante, ritenendole insufficienti, con una seconda nota prot. 19859 del 24.4.2014, ha chiesto alla stessa di fornirle:

1. informazioni dettagliate relative al totem (hardware e software) allegando a supporto le schede tecniche del prodotto e delle relative componenti di cui al capitolato d'appalto;
2. copia autentica dei contratti di fornitura eventualmente già stipulati per l'appalto in oggetto, ovvero i contratti preliminari di vendita;
3. dettagliate informazioni in merito alle attività di collaudo, prove tecniche e simulazioni software, attività di assistenza e di manutenzione del punto ecologico informatizzato (totem multimediale e assistenza di videosorveglianza); dettagliate informazioni in merito ai costi del servizio concernente il corso di formazione per operatori, che è parte integrante della fornitura del software;
4. con riferimento alle opere di natura impiantistica, gli oneri relativi ai collegamenti elettrici;
5. con riferimento alla fornitura del sistema di videosorveglianza, la dichiarazione del venditore/fornitore attestante l'equivalenza rispetto a quanto descritto dal capitolato;

Successivamente, con nota prot. 22039 del 8.5.2014, la stazione appaltante in riferimento alle precisazioni trasmesse dalla DBM International srl in data 5.5.2014 ha rappresentato che il sistema multimediale costituito dall'assemblaggio di diverse componenti individuali non coincide con quello oggetto dell'appalto, ha evidenziato l'assenza di taluni preventivi, senza specificare quali, ha ribadito quanto indicato ai punti 3 e 4 della nota prot. 19859 del 24.4.2014 e confermato la convocazione della società per il giorno 9.5.2014.

Il contraddittorio tra le parti, sia quello scritto sia quello orale, ha avuto ad oggetto i rilievi mossi dalla stazione appaltante con le note sopra indicate, che, però, non coincidono perfettamente e totalmente con i vizi indicati nel provvedimento di esclusione. In tal modo l'impresa non ha potuto conoscere tutti i rilievi di incongruità che la stazione appaltante intendeva formulare e, quindi, la stessa non è stata posta nella condizione di fornire le necessarie giustificazioni. Al riguardo occorre tener presente che costituisce un principio ormai acquisito che il corretto svolgimento del procedimento di verifica dell'anomalia presuppone l'effettività del contraddittorio tra stazione appaltante e concorrente (così Cons. Stato. Sez. V, 5 settembre 2014, n.4516). Conseguentemente, un'eventuale richiesta parziale o, comunque, non completa della stazione appaltante costituisce un *vulnus* al principio in esame.

Agendo in tal modo, inoltre, la stazione appaltante pare aver considerato solo singole voci dell'offerta *de qua*, senza valutarla nel suo insieme, al fine di pervenire a quel giudizio globale di inaffidabilità della stessa che, ai sensi dell'art. 88, comma 7, d.lgs. 163/2006, ne giustifica l'esclusione. E' opportuno considerare al riguardo che le soluzioni tecniche adottate dal concorrente o l'originalità del progetto dei lavori, delle forniture dei servizi offerti costituiscono tutti elementi dell'offerta che la stazione appaltante deve tener presente, per verificare la congruità o meno dell'offerta con riferimento alle voci di prezzo, che concorrono a formare l'importo complessivamente offerto. Il giudizio di quest'ultima non deve avere per oggetto specifiche o singole inesattezze dell'offerta economica, ma deve, invece, mirare ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile o inattendibile e, dunque, se dia o meno affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (cfr. AVCP, determinazione, 8.7.2009, n.6).

In base a quanto sopra considerato,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il procedimento di anomalia posto in essere dalla stazione appaltante abbia violato il principio di effettività del contraddittorio e l'art. 88, commi 1 e 7, d.lgs. 163/2006.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 gennaio 2015
Il Segretario Maria Esposito