

Parere A.N.AC. 08/01/2015 n. 3

Il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio tra amministrazione appaltante ed offerente.

Il soggetto deputato allo svolgimento della verifica di anomalia è individuato dall'art. 121 d.p.r. 207/2010 nella figura del responsabile del procedimento, il quale può avvalersi della commissione di gara, ove costituita, o degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della specifica commissione prevista dall'artt. 88, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici.

PREC 260/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Punto Pulizia srl – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali dell'istituto musicale V. Bellini di Catania – Importo a base di gara 395.445,93 euro – Istanza presentata singolarmente dall'operatore economico – S.A.: istituto musicale V. Bellini di Catania

Procedimento di verifica dell'anomalia – Competenza – Effettività del contraddittorio – Esclusione

Il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio tra amministrazione appaltante ed offerente.

Il soggetto deputato allo svolgimento della verifica di anomalia è individuato dall'art. 121 d.p.r. 207/2010 nella figura del responsabile del procedimento, il quale può avvalersi della commissione di gara, ove costituita, o degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della specifica commissione prevista dall'artt. 88, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici.

Artt. 86, 87, 88 d.lgs. 163/2006 – Artt. 121, 284 d.p.r. 207/2010

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 86080 del 30.7.2014 la società Punto Pulizia srl ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla gara indicata in oggetto, ritenendola viziata per violazione degli artt. 87 e 88 del Codice dei contratti pubblici, difetto di motivazione, eccesso di potere, violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della P.A..

In sintesi, secondo l'istante, la stazione appaltante avrebbe disposto l'esclusione de qua a seguito della verifica dell'anomalia dell'offerta unilateralmente e senza alcun contraddittorio.

L'esclusione, inoltre, non sarebbe adeguatamente motivata, essendo frutto di un semplice richiamo ad una relazione fatta da un tecnico dell'istituto ben oltre due mesi dopo l'acquisizione delle giustificazioni dell'istante e concernente la stima del monte ore ritenuto necessario per l'esecuzione delle prestazioni da affidare. La Pronto Pulizia srl, inoltre, ha fatto presente che nella lex specialis la stazione appaltante non ha fornito alcuna indicazione sulle ore da impiegare per svolgere le prestazioni dedotte nello stipulando contratto, quest'ultima è stata determinata dal predetto tecnico solo ex post, a seguito del procedimento di anomalia.

Con nota prot. n. 0119991 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. 0128935 del 18.11.2014 la stazione appaltante ha confermato la legittimità dell'esclusione.

La stessa ha innanzi tutto precisato che la gara è stata aggiudicata con il criterio del prezzo più basso, e non con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa come asserito dall'istante; ha poi precisato che l'esclusione è stata causata dalla riscontrata difformità tra quanto offerto dall'istante e quanto richiesto dalla stazione appaltante, conseguentemente, non venendo in rilievo i profili di anomalia dell'offerta in esame, non ha ritenuto di instaurare il contraddittorio di cui all'art. 88 d.lgs. 163/2006.

La stessa, inoltre, ha dato atto che la commissione, dopo aver aperto le offerte economiche, calcolato la soglia di anomalia, richiesto a tutti i concorrenti gli elementi giustificativi delle rispettive offerte, verificato questi ultimi, ha dato incarico al tecnico dell'istituto geom. P.R. di procedere al puntuale inventario degli arredi e complementi ed alla stima del monte ore necessario

per l'esecuzione di tutti i servizi previsti dal capitolato (verbale n. 5 del 12.3.2014). Successivamente, nella seduta del 20 marzo 2014 la commissione ha condiviso e fatto proprie le conclusioni rassegnate dal predetto tecnico e, quindi, ha proceduto ad una nuova verifica delle offerte e delle giustificazioni presentate dalle ditte, avendo come parametro di riferimento della congruità delle stesse proprio il monte ore determinato dal tecnico. All'esito del nuovo esame, ha escluso tutte quelle offerte che hanno presentato un monte ore inferiore al parametro di riferimento, conseguentemente non vi sarebbe alcun vizio di motivazione.

La stazione appaltante, infine, a conferma della correttezza del proprio operato ha richiamato quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui è legittima l'esclusione dell'offerta che non ha le caratteristiche minime richieste dal capitolato tecnico nonché la disposizione dell'art. 46, comma 1 bis d.lgs. 163/2006.

Ritenuto in diritto

Come anticipato nella narrativa in fatto, è controverso se, ai fini dell'esclusione dell'istante, il procedimento seguito dalla stazione appaltante sia stato correttamente svolto o meno.

Questa Autorità ritiene che la risoluzione della predetta questione non possa prescindere dal preliminare inquadramento in punto di fatto della vicenda in esame. Valore determinate assumono i verbali di gara e, in particolare, i verbali nn. 3 e 4. Il verbale di gara n. 3 del 30.1.2014 riporta quanto segue: «in via preliminare la commissione di gara chiarisce di volersi avvalere del disposto

di cui al comma 1 e al comma 3 dell'art. 86 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. A questo punto si procede all'apertura dei plichi ed alla lettura delle percentuali di ribasso espressi da tutte le ditte concorrenti, così come risulta dall'elenco allegato al presente verbale. [Individuata la soglia di anomalia], il Presidente (...) dichiara, come già annunciato in premessa che la Commissione avvalendosi di quanto disposto al comma 3 dell'art. 86 del D.Lgs. 163/2006 provvederà a richiedere a tutte le ditte ammesse gli elementi giustificativi del prezzo offerto, in modo di procedere alla verifica di quanto disposto all'art. 13 del bando di gara che definisce come inammissibili quelle offerte che presentino un costo del lavoro difforme da quanto riportato dalle tabelle ministeriali vigenti con decorrenza aprile 2013». Conseguentemente, come risulta dal successivo verbale n.4 del 25.2.2014, con nota prot. 432 del 30.1.2014 tutti i concorrenti ammessi sono stati invitati a far pervenire entro il termine perentorio del 20.1.2014 tutti gli elementi costitutivi delle offerte presentate. Una volta arrivate le diverse giustificazioni, la commissione ha letto quelle della società istante e, ritenuto che il monte ore complessivo offerto potesse essere inferiore a quello necessario per l'esecuzione delle attività capitolari, si è riservata di decidere in merito. Non vi è chi non veda che l'esclusione censurata è effettivamente maturata nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

Chiarito quanto sopra, occorre allora procedere ad una ricostruzione del quadro normativo di riferimento per poi valutare se la stazione appaltante abbia agito correttamente o meno.

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:

- a) determinare la soglia di anomalia ex art. 86 d.lgs. 163/2006;
- b) 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);
- c) 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);
- e) 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);
- f) procedere all'esclusione dell'offerta che all'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia risulti nel suo complesso inaffidabile.

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 lo 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 rileva che il subprocedimento di verifica dell'anomalia non risulta conforme alle disposizioni sopra richiamate sotto diversi profili.

In primo luogo, si osserva che l'esclusione censurata è maturata nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e, pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto rispettare tutte le fasi del contraddittorio, come previste dall'art. 88 d.lgs.163/2006 e sopra descritte, e non solo la prima disciplinata dall'art. 88, comma 1, d.lgs.163/2006.

Di contro, la stazione appaltante e per essa la commissione di gara, dopo aver ricevuto e letto le giustificazioni della Punto Pulizia srl, si è riservata di verificare se il monte ore indicato nell'offerta della società fosse congruo rispetto a quello richiesto dal capitolato (così è riportato nel verbale n.4). Tuttavia, la stessa non ha svolto autonomamente tale accertamento, ma ha incaricato il tecnico dell'istituto geom. P.R. di procedere al puntuale inventario degli arredi e complementi ed alla stima del monte ore necessario per l'esecuzione di tutti i servizi previsti dal capitolato (verbale n. 5 del 12.3.2014). Successivamente, nella seduta del 20.3.2014 la commissione ha dato atto che in data 14.3.2014 il geometra incaricato «ha restituito la relazione indicante in 5.445 il monte ore necessario per l'esecuzione delle attività capitolari» e, quindi, ha proceduto ad una nuova verifica delle offerte e delle giustificazioni presentate dalle ditte, avendo come parametro di riferimento della congruità delle stesse proprio il monte ore determinato dal tecnico (verbale n.6). All'esito del nuovo esame ha escluso tutte quelle offerte che hanno presentato un monte ore inferiore al parametro di riferimento, senza chiedere all'odierna istante ed agli altri esclusi gli ulteriori chiarimenti di cui all'art. 88, comma 2, d.lgs.163/2006 e senza convocarli per il contraddittorio orale (verbali n. 6 e 7).

Agendo in tal modo la commissione di gara ha, quindi, finito per violare l'art. 88, comma 2 e 4, d.lgs. 163/2006. In riferimento a tale disposizione anche il Consiglio di Stato ha recentemente ribadito che, in tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta e del relativo procedimento di verifica, costituisce un principio ormai acquisito che il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio tra amministrazione appaltante ed offerente (Con. Stato, sez. V, 5 settembre 2014 n.4516).

L'argomentazione posta dalla stazione appaltante per giustificare il mancato rispetto delle predette disposizioni non è condivisibile in quanto, sebbene il giudizio di anomalia si concentri generalmente sull'offerta economica ed in particolare sulle voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o, comunque, con i prezzi ragionevolmente sostenibili, lo stesso comporta una valutazione globale dell'offerta, pertanto le giustificazioni possono riguardare anche le soluzioni tecniche adottate, l'originalità dei servizi offerti, (art. 87, comma 2, lett. b) e d) d.lgs. 163/2006 nonché ogni altro elemento che il concorrente ritenga utile (art. 88, comma 4, d.lgs. 163/2006). Trattasi, quindi, di un giudizio complesso che giustifica il doppio grado del contraddittorio. Conseguentemente, la stazione appaltante nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia non può eludere l'applicazione delle predette disposizioni in base alla

considerazione che l'offerta in esame è inadeguata ed insufficiente rispetto alle specifiche richieste, ma deve contestare simile rilievo al concorrente, instaurare su di esso il contraddittorio e procedere all'esclusione solo al termine del contraddittorio.

Sotto altro profilo, non può farsi a meno di osservare che non risulta chiara la ragione per cui la commissione di gara, quando già erano noti i ribassi offerti dai concorrenti, abbia incaricato un

soggetto estraneo alla commissione stessa di procedere alla stima del monte ore necessario per l'esecuzione di tutti i servizi previsti dal capitolato. Delle due l'una: o tale monte ore era predeterminato (o quanto meno predeterminabile) dalla lex specialis, ed allora la stessa commissione di gara avrebbe dovuto "specificarlo", o non lo era, ma allora la commissione ha integrato la disciplina di gara, violando l'art. 64 d.lgs. 163/2006. Tale disposizione, infatti, prevede che il bando di gara deve contenere tutti gli elementi indicati dal Codice dei contratti pubblici nonché ogni informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante (comma 4). Ciò significa che tutti gli elementi in base ai quali formare l'offerta e poi valutarla debbono essere predeterminati dalla stazione appaltante e ciò al fine di garantire la par condicio dei concorrenti, l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione. Nel caso di specie, invece, risulta che un elemento determinate (monte ore minimo necessario per eseguire il servizio da affidare) sia stato fissato ad un soggetto terzo ex post, quando già erano note le offerte presentate dai concorrenti.

Peraltro, sotto tale specifico aspetto, l'operato della commissione contrasta con la disposizione dell'art. 121 d.p.r. 207/2010, applicabile anche agli appalti di servizi e forniture in virtù del richiamo operato dall'art. 284 d.p.r. 207/2010. In base alla prima delle due norme in esame, il presidente della gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate, avvalendosi della commissione di gara, ove costituita, o degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della specifica commissione prevista dall'art. 88, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria, 29 dicembre 2012, n.36). Ne deriva che il soggetto deputato allo svolgimento della verifica di anomalia è individuato nella figura del responsabile del procedimento, è quest'ultimo che, eventualmente, affida tale verifica alla commissione di gara, mentre quest'ultima non può a sua volta chiedere - come è avvenuto nel caso in esame - ad un terzo un'attività che dovrebbe essere di sua competenza e che si mostra necessaria per valutare la congruità delle offerte.

In considerazione delle osservazioni svolte, si invita la stazione appaltante a prendere atto di quanto riportato nel bando tipo per l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 78 del 30.4.2014.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il procedimento di verifica dell'anomalia posto in essere dalla stazione appaltante abbia violato i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di effettività del contraddittorio nonché le disposizioni degli artt. 64, 88, dlgs. 163/2006 e 121 d.p.r. 207/2010.

Raffaele Cantone

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