



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 710

DEL 24 luglio 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Comune di Lama dei Peligni e RTP De Vincenzi, Perazzoli, Latino – Procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) del d. lgs. 50/2016 per l’affidamento del servizio di progettazione definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di realizzazione, direzione lavori, contabilità e misura relativo a “Interventi di mitigazione del rischio da valanga: potenziamento opere fermaneve località Valle Coppetti e Valle Fontanili – Lama dei Peligni Masterplan Abruzzo Patti per il Sud” - Importo a base d’asta: euro 53.840,70 - S.A.: CUC tra i Comuni di Fara San Martino, Civitella Messer Raimondo, Lama dei Peligni e Palombaro

PREC 154/18/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza prot. n. 40687 del 14 maggio 2018 il Comune di Lama dei Peligni ha rappresentato che nell’ambito del sub procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta avviato nei confronti del RTP De Vincenzi, Perazzoli, Latino, classificatosi al primo posto nella procedura in oggetto, è stato richiesto di fornire le giustificazioni ai sensi dell’art. 97 del d. lgs. 50/2016. Nella richiesta, inoltrata a mezzo pec in data 24 aprile 2018 alle ore 10:44 (con ricevuta di avvenuta consegna alle ore 11:12:34), è precisato che le spiegazioni devono pervenire «entro quindici giorni decorrenti da oggi 24 aprile 2018». Le giustificazioni richieste, pervenute il 9 maggio 2018 alle ore 11:59, sono state considerate dalla CUC tra i Comuni di Fara San Martino, Civitella Messer Raimondo, Lama dei Peligni e Palombaro, in qualità di stazione appaltante, come prodotte oltre il termine massimo consentito, calcolando il 24 aprile come primo giorno di decorrenza. Secondo la stazione appaltante il ritardo sarebbe comunque rilevabile anche a voler considerare i giorni decorrenti dall’ora in cui risulta a sistema l’avvenuta consegna della pec (ricezione alle 11:12:34 del 24 aprile, consegna delle giustificazioni alle 11:59 del 9 maggio, ritardo corrispondente pari a 47 minuti) . Con determinazione n. 10 del 10 maggio il Responsabile della CUC ha pertanto escluso il RTP De Vincenzi, Perazzoli, Latino e aggiudicato la gara al concorrente collocatosi al secondo posto della graduatoria.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con successiva nota acquisita al prot. n. 49753 dell' 11 giugno 2018, il Comune di Lama dei Peligni ha comunicato che, in esito alla citata determinazione di aggiudicazione, il concorrente escluso ha inviato una diffida e istanza di annullamento in autotutela, a seguito della quale il Comune ha stabilito di sospendere la procedura di gara in contestazione, nelle more dell'adozione del parere di precontenzioso richiesto all'Autorità.

In data 4 luglio 2018 (prot. n. 58658) è pervenuta all'Autorità la nota del RTP De Vincenzi, Perazzoli, Latino con la quale si comunica la volontà di aderire alla richiesta di parere avanzata dal Comune di Lama dei Peligni al fine di risolvere stragiudizialmente la questione controversa.

A seguito dell'avvio del procedimento (prot. n. 60653 del 10 luglio 2018) è pervenuta da parte dell'ing. Giacinto Bonanni, classificatosi al secondo posto nella graduatoria della procedura in argomento, una lettera (acquisita al prot. n. 62178 del 13 luglio 2018) con la quale il concorrente sollecitava la stazione appaltante a riesaminare in autotutela gli atti di gara, sostenendo che il RTP aggiudicatario non fosse in possesso dei requisiti di partecipazione di carattere tecnico-professionale richiesti.

Ritenuto in diritto

La questione sulla quale si incentra l'istanza di parere riguarda la legittimità dell'esclusione del concorrente che presenta le giustificazioni a sostegno della congruità dell'offerta con ritardo rispetto al termine fissato dalla stazione appaltante. Il controinteressato collocatosi al secondo posto della graduatoria ha evidenziato un diverso profilo che non è stato oggetto della richiesta di pronuncia da parte dell'Autorità e pertanto non può essere preso in esame.

Ai sensi dell'art. 97, comma 5, del d. lgs. 50/2016 «la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa».

Come rilevato nella diffida presentata dal RTP escluso, nel calcolo dei termini occorre applicare i criteri di computo della disciplina civilistica *ex artt. 155 c.p.c. e 2963 c.c.*, validi anche nel procedimento amministrativo, escludendo dal calcolo il giorno o l'ora iniziali ed includendo il *dies ad quem*, con la conseguenza che le giustificazioni pervenute il 9 maggio risultano prodotte nei termini prefissati.

In via generale, è opportuno inoltre rilevare che la norma del codice dei contratti sopra richiamata attribuisce alla stazione appaltante il potere di fissare un termine per presentare le giustificazioni ma non lo definisce perentorio, né indica la sua violazione quale causa di esclusione dalla gara, per



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

cui quest'ultima si pone contrasto con i noti principi generali di tassatività della cause di esclusione dalle gare e di tipicità delle ipotesi di perentorietà dei termini.

La funzione essenziale del sub procedimento di verifica di congruità è di apprezzare l'idoneità e l'adeguatezza dell'offerta sospettata di anomalia ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, funzione che può realizzarsi solo con il pieno contraddittorio, unico presupposto la cui violazione può inficiare la successiva valutazione dell'offerta da parte dell'amministrazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982).

Per tale ragione il procedimento di verifica della congruità dell'offerta deve essere improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente, quale strumento per l'effettiva instaurazione del contraddittorio e per il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta: in tale contesto di fondo, ciò che prima di tutto rileva è il dato sostanziale dell'anomalia o meno dell'offerta, per cui deve escludersi che la mancata - ovvero tardiva - produzione delle giustificazioni possa comportare automatica esclusione del concorrente interessato, essendo la stazione appaltante, comunque, tenuta a valutare la sostanza dell'offerta, sulla scorta della documentazione in atti (cfr. in questi termini, Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6231; TAR Catania, Sez. III, 20 maggio 2014, n. 1389).

A tale proposito, l'Autorità ha sottolineato la necessità di individuare un punto di equilibrio tra le due esigenze, quella della tutela del contraddittorio e quella della garanzia di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa (Delibera n. 883 del 1 agosto 2017). Sullo stesso profilo, la giurisprudenza si è espressa nel senso che laddove il concorrente non rispetti il termine per il deposito delle giustificazioni e la commissione o seggio di gara, nel frattempo, si siano già riuniti, è legittima la decisione assunta da questi ultimi a prescindere dalle giustificazioni, purché sia, comunque, basata su una valutazione sostanziale dell'offerta in base alla documentazione già in atti. Invece, nell'ipotesi in cui le giustificazioni giungano in ritardo, ma comunque in tempo per la riunione fissata per la verifica di anomalia, la stazione appaltante è tenuta a tenerne conto, giacché in questo caso la violazione del termine per la loro presentazione non incide sul regolare svolgimento della procedura.

Nel caso all'esame la stazione appaltante, ipotizzando la tardività delle giustificazioni, ha disposto in via automatica l'esclusione del concorrente, perciò sulla base di un dato puramente formale - l'asserita intempestiva presentazione delle giustificazioni - e senza alcuna analisi sostanziale sulla congruità o meno dell'offerta interessata; viceversa avrebbe dovuto e potuto valutare quest'ultima nella sostanza, tenendo conto anche delle giustificazioni comunque pervenute prima della riunione prefissata per la loro valutazione (TAR Sardegna, Sez. I, 26 giugno 2017, n. 431).

Alla luce di quanto sopra considerato,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- l'operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2018

Il segretario Maria Esposito