

N. 00315/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02096/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2096 del 2009, proposto da:

- Europa Verde S.a.s. di Tortora Giovanni & C. (di seguito Europa Verde), in persona del legale rappresentate pro tempore, Tortora Giovanni, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Di Lieto, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Salerno, corso Vittorio Emanuele n.143;

contro

Comune di Scafati, in persona del sindaco pro tempore, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Soc. Flora Napoli S.r.l. (di seguito: Flora), in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- 1) della determina dirigenziale del Responsabile del Settore appalti e contratti del comune di Scafati n. 292 del 25 novembre 2009, recante l'approvazione del verbale di gara relativa al servizio di abbattimento, potatura e messa in sicurezza delle essenze arboree di ogni tipo;
- 2) del verbale della commissione di gara del 28 ottobre 2009, col quale è stata considerata anomala l'offerta presentata dalla società ricorrente e la gara provvisoriamente aggiudicata alla società Flora Napoli s.r.l.;
- 3) degli atti presupposti, connessi e consequenziali, compreso, ove occorra, l'avviso di gara del 12 ottobre 2009.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il decreto cautelare presidenziale n. 1141 dell'11 dicembre 2009;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1180 del 17 dicembre 2009;

Relatore alla camera di consiglio del 13 gennaio 2011 il dott. Gianmario Palliggiano ed uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con l'odierno ricorso, notificato il 5 dicembre 2009 e depositato il 9 successivo, Europa Verde ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore della ditta controinteressata Flora, relativamente

alla gara pubblica, indetta con avviso del 12.10.2009, per l'affidamento del servizio di abbattimento, potatura e messa in sicurezza delle essenze arboree di proprietà comunale, da assegnarsi con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82, comma 1, lett. a) del d. lgs. 163 del 2006.

La gara si è svolta il 28 ottobre 2009; ad essa hanno partecipato sette concorrenti, cinque dei quali sono stati ammessi alla fase di apertura dei plichi contenenti le rispettive offerte economiche.

La società ricorrente ha proposto il prezzo più basso, pari ad € 42.000,00, rispetto all'importo a base d'asta di € 73.000,00, oltre IVA. La Commissione di gara, dopo avere calcolato le medie, ha valutato come anomala l'offerta della società ricorrente che è stata quindi esclusa; subito dopo ha provvisoriamente aggiudicato la gara alla controinteressata Flora.

Con la determina dirigenziale n. 292 del 25 novembre 2009, il Responsabile del Settore appalti e contratti del Comune di Scafati ha approvato il verbale di gara del 28 ottobre 2009 ed aggiudicato definitivamente la gara alla società Flora.

Ha dedotto, quale motivo di censura, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 82, 86 e 122 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. (codice dei contratti pubblici).

Ha chiesto l'annullamento previa sospensione degli atti impugnati, vinte le spese.

L'amministrazione comunale e la società controinteressata non si

sono costituite in giudizio.

Con ordinanza n. 1180 del 17 dicembre 2009, il Tar ha accolto la richiesta di sospensione cautelare dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2.- Il ricorso è fondato con le seguenti precisazioni.

Il paragrafo 9, comma 3, dell'avviso di gara dispone che "L'appalto del servizio sarà aggiudicato al concorrente che avrà offerto il prezzo più basso ai sensi e per gli effetti dell'art. 82, comma 1, lett. a) del d. lgs. 163 del 2006."

Aggiunge il comma 4, che "l'aggiudicazione diventerà definitiva solo dopo la sua approvazione da parte delle competenti strutture dell'amministrazione appaltante, previa verifica dei dichiarati requisiti, nonché dell'eventuale congruità dell'offerta, che verrà effettuata nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'art. 86 e seguenti del d. lgs. 163/2006".

Ciò premesso, come emerge dal verbale della seduta del 28 ottobre 2009, la Commissione di gara -riscontrato il possesso dei requisiti delle otto società interessate a partecipare alla gara- ha ammesso alla verifica soltanto cinque offerte economiche.

A questo punto ha proceduto al calcolo per escludere in via automatica le offerte anomale, ritenendo in tal modo di applicare le prescrizioni contenute nell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163 del

2006.

L'operato della commissione è censurabile perché la stessa non ha correttamente applicato le norme strettamente riferibili alla fattispecie in esame.

3.- Occorre chiarire che l'appalto in discussione non attiene allo svolgimento di lavori pubblici bensì alla conduzione di un servizio consistente in interventi di manutenzione (abbattimento e potatura) e messa in sicurezza delle essenze arboree di proprietà comunale. Ad esso, pertanto, come previsto dall'art. 121 del d. lgs. 163 del 2006, si applica la disciplina prevista dalla parte II, titolo II, del decreto legislativo medesimo in tema di contratti sotto soglia comunitaria, considerato che l'importo a base d'asta è pari ad € 73.000,00, oltre IVA.

Ai fini della determinazione delle soglie di anomalia delle offerte e delle relative esclusioni deve farsi riferimento all'art. 124, comma 8, non invece all'art. 122, comma 9, richiamato dalla ricorrente e che riguarda gli appalti di lavori pubblici sotto soglia comunitaria.

In ogni caso, le due disposizioni contengono norme del tutto simili, sicché l'impreciso richiamo all'art. 122, comma 9 -anziché all'art. 124, comma 8- non compromette in alcun modo la sostenibilità della prospettazione difensiva di parte ricorrente.

Ed invero, l'art. 124, comma 8 -come risulta a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1, lett. cc), del d. lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (successivamente modificato dall'art. 4-

quater, comma 1, lett. f) del d. l. 1° luglio 2009, n. 78, recante “disposizioni di adeguamento comunitario”)- stabilisce che per appalti di servizi e forniture d'importo inferiore o pari a 100.000 euro e col criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte con una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1.

La facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in questo caso si applica l'articolo 86, comma 3.

4.- Per meglio comprendere il senso dei rimandi normativi svolti dall'art. 124, si rammenta che l'art. 86 d. lgs. 163/2006–nell'ambito dei contratti sopra soglia di rilevanza comunitaria- fissa i criteri per individuare quali tra le offerte ammesse debbano considerarsi anormalmente basse e, quindi, sospette.

Più in particolare l'art. 86, comma 1, prescrive che “quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”.

E' bene però chiarire che la previsione in esame introduce, ai fini della selezione delle offerte, un meccanismo automatico solo per la prima fase, quella rivolta ad individuare la soglia di anomalia (“le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte”); non coinvolge anche la seconda fase, relativa all’esclusione, per la quale, anche per le gare col criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, non sussiste alcun automatismo.

Occorre infatti distinguere il criterio di “individuazione” dell’offerta anomala, che trova il suo riferimento normativo nell’art. 86, dal criterio di “verifica” di tale tipo di offerta anomala, disciplinato invece dal successivo art. 87, il cui comma 1 chiarisce non a caso che: “Quando un’offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all’offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l’importo complessivo posto a base di gara”.

Ciò è in linea con quanto a suo tempo chiarito dalla Corte di giustizia che, con la pronuncia 27 novembre 2001, n. 285-286/1999, con riferimento alla legislazione italiana anteriore al codice, ha ritenuto legittima la fissazione di una soglia di anomalia con medie aritmetiche, purché detta soglia sia stabilita per la sola individuazione e non anche per l’esclusione delle offerte sospette e purché non comporti un risultato immutabile.

5.- Operata questa distinzione, riesce meglio a cogliersi il senso delle norme contemplate ai commi 3 e 4 dell’art. 86.

Il comma 4 tende infatti a mitigare l'automatismo del criterio di individuazione di cui al comma 1 nel prevedere che tale criterio non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3, in virtù del quale le stesse hanno la facoltà di considerare come anomale offerte, sulla base di altri elementi specifici, anche al di fuori del criterio automatico della media.

In altri termini, qualora le offerte siano in numero inferiore a cinque, la stazione appaltante non può individuare l'anomalia con il criterio automatico della media aritmetica ma deve esaminarle singolarmente, per verificare in concreto la presenza di elementi sospetti.

6.- Nel caso di specie, come sopra esaminato, il paragrafo 9 comma 3 dell'avviso di gara rinvia all'art. 86 del d. lgs. 163/2006. Il rinvio va letto alla luce della norma applicabile al caso concreto, ossia il richiamato art. 124, comma 8, del d. lgs. 163 del 2006, secondo cui, quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci, la stazione appaltante non ha più la facoltà escluderle in via automatica, ma deve procedere alla loro verifica, ai sensi dell'art. 86, comma 3.

Quanto illustrato lascia comprendere come la Commissione di gara non abbia fatto buon governo delle regole del bando che rinviano alla normativa di legge. Se, quindi, è corretto il criterio adottato per l'individuazione delle soglie di anomalia, non altrettanto può dirsi per l'esclusione, posto che la presenza di sole cinque offerte ammesse al confronto competitivo avrebbe richiesto -in applicazione dell'art. 86,

comma 3, richiamato dall'art. 124, comma 8- un esame specifico del carattere anomalo dell'offerta della ricorrente e, solo in esito a tale esame, l'esclusione per conferma dell'anomalia ovvero l'aggiudicazione del contratto.

Non è invece fondata la pretesa della ricorrente di aggiudicarsi in via automatica il contratto. Questo perché, come sopra ampiamente illustrato, in presenza di sole cinque offerte, l'art. 124, comma 8, d. lgs. 163/2006 preclude alla stazione appaltante l'esercizio della facoltà di esclusione automatica e richiede di fare riferimento all'art. 86, comma 3, norma che impone alla stazione appaltante una valutazione specifica dell'offerta considerata anomala. Quest'ultima disposizione è stata tuttavia del tutto trascurata dalla commissione di gara.

7.- Per quanto sopra il ricorso, nei limiti sopra indicati, merita accoglimento.

Le spese, in considerazione della non facile interpretazione della normativa di riferimento, possono comunque compensarsi.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso R.G. n. 2096 del 2009 lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla per quanto di ragione gli atti impugnati.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Amministrazione.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 13
gennaio 2011 con l'intervento dei Magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

Ferdinando Minichini, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)