

## **Parere n. 132 del 08/05/2008**

### **PREC 126/08/S**

**Oggetto:** Istanza di parere ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006, presentata dal Comune di Penna San Giovanni. Appalto dei servizi di assistenza, pulizia, lavanderia, sostituzione cuoca agli ospiti della casa di riposo/residenza protetta "P. Burocchi" - S.A. Comune di Penna San Giovanni.

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

In data 28 gennaio 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto con la quale il Comune di Penna San Giovanni ha chiesto a questa Autorità di esprimersi in merito alla legittimità della previsione nel bando dell'esclusione automatica nell'ambito della gara indicata in oggetto per l'aggiudicazione di servizi di cui all'Allegato II B del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Per i servizi messi a gara, in parte riconducibili al predetto Allegato (servizi di assistenza e sostituzione O.S.S.), in parte all'Allegato II A (servizi di pulizia) è stata applicata dall'amministrazione aggiudicatrice la disciplina di cui all'Allegato B, ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo n. 163 del 2006, in quanto il valore dei servizi di cui al predetto Allegato, come da disciplinare di gara, è risultato superiore a quelli dell'Allegato II A. Nel caso di specie, si è fatto riferimento alla Categoria 25 - Servizi sanitari e sociali-dell'Allegato II B.

In particolare, l'amministrazione istante ha esposto che la possibilità di esclusione automatica dell'offerta anomala trova fondamento nell'articolo 20 del decreto legislativo n. 163 del 2006, secondo cui agli appalti di servizi elencati nell'Allegato II B si applicano esclusivamente alcune norme del codice vale a dire gli articoli 68 per le specifiche tecniche, 65 per l'avviso sui risultati della procedura di affidamento e 225 per gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

Conseguentemente, il disciplinare di gara all'articolo 6, commi 1 e 2, ha previsto, specificando quanto già previsto nel bando, che "L'appalto verrà affidato mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 55 D.Lgs. n. 163/2006, con il criterio del prezzo più basso determinato mediante ribasso sul costo unitario posto a base di gara (artt. 81 e 82 del D.Lgs. n. 163/2006), con esclusione di offerte in aumento. Ai sensi dell'art. 124, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 si procederà all'esclusione automatica delle offerte che presenteranno una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006. Nel caso di offerte in numero inferiore a cinque non si procederà ad esclusione automatica, ma la stazione appaltante si riserva comunque la facoltà di cui al comma 3 del medesimo art. 86 del decreto legislativo citato".

In applicazione di detta previsione, la Commissione giudicatrice ha provveduto all'esclusione automatica delle offerte che presentavano una percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia, individuata secondo il procedimento di cui all'articolo 86, comma 1 e fra queste l'offerta del Consorzio Ominis.

Il predetto Consorzio si doleva dell'esclusione decisa, chiedendo l'inserimento a verbale della seguente dichiarazione: "A norma dell'art. 88, nonché alla Delibera n. 189 del 14/06/2007 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, l'esclusione non può avvenire se non prima richieste le giustifiche dell'offerta economica".

Preso atto delle successive doglianze del Consorzio indicato, reiterate successivamente all'aggiudicazione provvisoria, il Responsabile del Servizio del Comune istante, prima di provvedere all'aggiudicazione definitiva, sospendeva la procedura e richiedeva parere a questa Autorità.

Ha presentato osservazioni la Società Cooperativa Sociale Stella, sostenendo la conformità degli atti di gara, in particolare del capitolato d'oneri, alle previsioni del decreto legislativo n. 163 del 2006. Inoltre, la Società Cooperativa ha invocato il principio

di acquiescenza, secondo cui il Consorzio Ominis controinteressato, avendo sottoscritto i predetti atti di gara, debitamente pubblicizzati, nonché avendo presentato offerta, avrebbe accettato tutte le condizioni ivi previste, ivi compresa l'esclusione automatica dell'offerta anomala.

### **Ritenuto in diritto**

Preliminarmente, occorre brevemente delineare il quadro normativo di riferimento.

L'articolo 20 del decreto legislativo n. 163 del 2006, sistematicamente inserito nella Parte I - Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte

dall'ambito di applicazione del codice - Titolo II che disciplina i Contratti esclusi in tutto o in parte dal Codice, disciplina gli appalti di servizi elencati nell'allegato II B. In particolare, al comma 1 è prevista l'applicazione esclusivamente delle seguenti norme del Codice: 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

L'articolo 27, nel dettare i principi relativi ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice prevede, tra l'altro, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha fatto rientrare l'appalto nell'ambito della disciplina di cui all'Allegato B, ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo n. 163 del 2006, in quanto il valore dei servizi di cui al predetto Allegato, come da disciplinare di gara, è risultato superiore a quelli dell'Allegato II A.

Di conseguenza l'amministrazione si è avvalsa della facoltà di prevedere nel bando di gara ex art. 124, comma 8 del decreto legislativo n. 163 del 2006, per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia, l'esclusione automatica delle offerte anomale. In questo caso, ai sensi del medesimo articolo 124, comma 8, viene meno l'obbligo di presentazione preventiva delle giustificazioni a corredo dell'offerta di cui all'art. 86, comma 5 del codice.

Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice non ha applicato l'articolo 88 del codice, che disciplina il procedimento di verifica e di eventuale esclusione delle offerte anormalmente basse, per le procedure sopra soglia comunitaria ai sensi del quale ogni determinazione, in ossequio ai noti orientamenti della giurisprudenza comunitaria, deve essere adottata in contraddittorio con l'offerente e previa richiesta di giustificazioni sull'anomalia e/o su tutti gli elementi ritenuti utili.

Sulla questione interpretativa relativa all'esclusione automatica e al principio del contraddittorio nelle procedure escluse dall'applicazione delle direttive comunitarie, così come rappresentato dal Comune istante, è stata sollevata questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato che, con ordinanza della V sezione del 20 marzo 2006, ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sul seguente quesito: se i principi fissati dalle direttive 93/37/CE (art. 30 n. 4) e 2004/18/CE (art. 55), in particolare il diritto al contraddittorio per la valutazione delle offerte anomale, costituiscano principi fondamentali del diritto comunitario o, in subordine, un principio derivato dal principio della concorrenza, come tali applicabili anche per gli appalti esclusi.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 27 novembre 2007, sono così sintetizzabili: non si tratterebbe di principi di base del Trattato, ma più di una norma di diritto sostanziale, ritenendo, così, illegittima una norma nazionale che per gli appalti sottosoglia "imponga", senza consentire deroghe, l'esclusione automatica senza audizione, pregiudicando il diritto ad una buona amministrazione.

La Corte di Giustizia non si è ancora pronunciata in merito; si evidenzia, ad ogni buon conto, che non sono oggetto di esame del giudice comunitario le norme di cui all'articolo 124, comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006, né l'analoga previsione per i lavori di cui all'articolo 122, comma 9.

Il legislatore nazionale del Codice ha modificato la previgente disciplina dettata dalla legge n. 109 del 1994 ed in luogo di qualsiasi automatismo, per via anche interpretativa, di esclusione dell'offerta anomala ha previsto espressamente la "facoltà" per la stazione appaltante, da estrinsecarsi nel bando di gara, di prevedere l'esclusione automatica.

La Commissione europea, nella procedura di infrazione n. 2007/2329, la prima con riguardo al decreto legislativo n. 163 del 2006 e di recente avviata nei confronti dello Stato italiano per contestare la non compatibilità comunitaria di alcuni articoli dello stesso, non ha segnalato gli articoli 122 e 124 di cui sopra.

Con riguardo ai contratti di servizi esclusi dall'applicazione del Codice e ai principi generali cui gli stessi debbono attenersi, l'esclusione automatica delle offerte anomale potrebbe, per un verso, rispondere ai principi di efficacia ed economicità, di cui all'articolo 27, consentendo una procedura più agile e semplificata; per altro verso, il principio del contraddittorio risponde ai principi di trasparenza e imparzialità, anch'essi previsti dall'articolo 27.

Alla luce della ricostruzione normativa eseguita, attualmente la norma di cui all'art. 124, comma 8, consente alla stazione appaltante la facoltà, di prevedere la clausola di esclusione automatica la quale, ove prevista, comporta il legittimo venire meno dell'esercizio del contraddittorio tra le parti.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, che il bando di gara e il relativo disciplinare in esame sono conformi alla disciplina di cui al combinato disposto dell'articolo 20, 27 e 124, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché all'attuale assetto normativo e giurisprudenziale comunitario.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15/05/2008