

Parere n. 51 del 11/03/2010

Protocollo PREC 171/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa ECO SPRINT s.a.s. di Merolla Giuseppina & C. - Servizio di gestione, pulizia e custodia n. 10 cellule adibite ad uso servizi igienici dislocate lungo il litorale del Poetto e dei servizi igienici annessi al Centro Servizi di Marina Piccola, nonché installazione, disinstallazione e custodia di n. 4 torrette di avvistamento dislocate lungo il litorale del Poetto - Importo a base d'asta € 198.375,00 - S.A.: Comune di Cagliari

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 febbraio 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa ECO SPRINT s.a.s. richiedeva l'annullamento della procedura di gara per l'affidamento dei servizi in oggetto per asserita violazione dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 nel contesto del disciplinare di gara, laddove si prevedeva, al punto 2 pag. 8, che nell'offerta economica venissero indicati la percentuale di ribasso ed i soli oneri per la sicurezza, senza alcun riferimento alle voci di prezzo ed alle relative giustificazioni.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Cagliari in data 25 novembre 2009 rappresentava di non aver fatto applicazione dell'art. 86, comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006, che prevede l'obbligo di corredare le offerte " *sin dalla presentazione*" delle giustificazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta, bensì dell'art. 20 della legge regionale della Sardegna n. 5 del 7 agosto 2007 e riferiva, altresì, che in applicazione di tale disposizione legislativa regionale non aveva proceduto ad individuare le offerte ritenute basse in modo anomalo, poiché le offerte ammesse erano in numero inferiore a cinque, ma di avere comunque esercitato la facoltà di "valutare la congruità di ogni offerta che appaia in base ad elementi specifici anormalmente bassa", ai sensi del comma 9 del citato art. 20 e di avere accertato, infine, a seguito di tale valutazione, l'assenza di elementi che facessero emergere incongruità nell'offerta del concorrente aggiudicatario provvisorio il Villaggio 88 Soc. Coop. a r.l.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità occorre preliminarmente rilevare che l'art. 86, comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006, applicabile al caso di specie " *ratione temporis*" (trattandosi di bando pubblicato il 26 gennaio 2009) ancorché successivamente abrogato (dalla lettera *b*) del comma 1 dell'art. 4-quater, D.L. 1 luglio 2009, n. 78, aggiunto dalla relativa legge di conversione 3 agosto 2009 n. 102) stabiliva che «Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio»

L'istante ECO SPRINT s.a.s., come evidenziato nella narrativa in fatto, lamenta specificamente che non si sia provveduto, conformemente alla citata disposizione, a richiedere in via preventiva la presentazione delle giustificazioni relativamente alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara (si veda il punto 2 del disciplinare di gara) e la stazione appaltante difende la propria scelta affermando, come detto, di avere fatto applicazione dell'art. 20 della legge regionale della Sardegna n. 5/2007 il quale, al comma 5 così dispone: «il soggetto aggiudicatore chiede a tutti i concorrenti che hanno presentato offerte ritenute basse in modo anomalo, di presentare le giustificazioni; verifica in contraddittorio con il primo concorrente in graduatoria gli elementi forniti e qualora confermi il giudizio di anomalia dell'offerta, procede all'aggiudicazione in favore del secondo concorrente in graduatoria, previa verifica dell'offerta, se risultata anormalmente bassa, o all'aggiudicazione in favore del concorrente che segue, procedendo con le stesse modalità». In sostanza, in base a tale specifica disposizione della legge regionale, la presentazione delle giustificazioni non è preventiva, come previsto dal comma 5 dell'art. 86 del Codice dei contratti pubblici, ma successiva ed eventuale, coinvolgendo solo i concorrenti che abbiano formulate offerte individuate come anomale.

Ebbene, è dirimente al riguardo rilevare che il citato art. 20 comma 5 della legge regionale della

Sardegna n. 5/2007, richiamato nelle proprie osservazioni difensive dalla stazione appaltante, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 411 del 17 dicembre 2008, dunque in data antecedente al bando di gara (pubblicato, come detto, il 26 gennaio 2009) e alle successive procedure per l'aggiudicazione. La Consulta, infatti, ha ritenuto che tale normativa regionale fosse lesiva della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, in quanto, esorbitando dai limiti della competenza legislativa primaria che lo Statuto della Regione Sardegna, all'art. 3, lettera e), attribuisce alla Regione medesima in materia di lavori pubblici di interesse regionale, detta disposizioni in tema di giustificazioni a corredo dell'offerta - in specie mediante la delimitazione dell'obbligo di presentazione delle stesse nei soli casi di offerte anormalmente basse - difformi da quanto stabilito dallo Stato nelle corrispondenti norme del D.Lgs. n. 163/2006. Tale circostanza esclude che la stazione appaltante potesse fare applicazione negli atti di gara di una disposizione non più esistente in quanto dichiarata costituzionalmente illegittima.

Si deve pertanto ritenere, sul piano formale, corretta la censura della società istante, sebbene - in astratto - non possa affermarsi che l'osservanza fedele del comma 5 dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 avrebbe portato a risultati diversi e dunque all'aggiudicazione ad una diversa impresa ovvero all'aggiudicazione alla stessa società istante. Deve infatti rammentarsi che - nell'ottica dell'ormai abrogata formulazione del comma 5 dell'art. 86 - la preventiva presentazione delle giustificazioni aveva una funzione acceleratoria del procedimento di verifica delle offerte, avendo comunque la stazione appaltante la facoltà di richiedere all'offerente ulteriori giustificazioni di congruità. In altri termini, la preventiva richiesta di giustificazioni, diretta a consentire una delibazione preliminare e sommaria sull'affidabilità dell'offerta, era integrativa e non sostitutiva della fase successiva di giustificazioni (Cons. Stato, sez. IV, n. 5209/2001) richiedendosi comunque - per legittimare l'esclusione - un contraddittorio effettivo (Cons. Stato, sez. IV, n. 1071/2004), a meno che le giustificazioni preventive non fossero sufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta (Cons. Stato, sez. IV, n. 6889/2004).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Cagliari è incorso nella violazione dell'art. 86, comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006 all'epoca vigente facendo applicazione, in luogo di questo, dell'art. 20, comma 5 della legge regionale della Sardegna n. 5/2007, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 411 del 17 dicembre 2008, antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Marzo 2010