

Parere n. 72 del 10 aprile 2014

PREC 250/13/L

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 Fele Francesco - "Lavori di restauro su Monte Granaticu, centro documentazione archeologica, archivistica, etnografica sull'agricoltura di Orosei" - Importo a base di gara € 340.870,00 S.A.: Comune di Orosei

Artt. 86, 87, 122 D.Lgs. n.163/2006 - Criteri di selezione delle offerte e procedimento di individuazione, verifica ed esclusione delle offerte anomale

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10.09.2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale l'impresa Fele Francesco, con riferimento alla procedura di gara avente ad oggetto i "Lavori di restauro su Monte Granaticu, centro documentazione archeologica, archivistica, etnografica sull'agricoltura di Orosei", ha dedotto che la Commissione, all'esito della svolgimento delle operazioni di gara, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore del concorrente che ha presentato l'offerta con il maggior ribasso, chiedendo la giustificazione dell'offerta ai sensi dell'art.87 del D.Lgs. n.163/2006.

Tale procedura di selezione sarebbe in contrasto con quanto previsto dal Bando di gara e dal Disciplinare in quanto il bando di gara, al punto 3, ed il disciplinare, al punto 6, prevedevano che la procedura di aggiudicazione dovesse avvenire ai sensi del combinato disposto dell'art.86, co.1 (procedura di individuazione delle offerte anomale) e 122 co.9 (esclusione automatica delle offerte anomale) del Codice dei contratti.

Pertanto, secondo l'istante, la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione delle offerte anomale, individuate ai sensi dell'art.86 co.1, in quanto si era avvalsa della facoltà concessa dall'art.122 co.9; in caso contrario, avrebbe dovuto indicare nel bando, quale criterio di aggiudicazione, l'art.82 e l'art.87 per le verifiche relative alle offerte anomale, senza richiamare l'art.122 co.9.

L'impresa Fele Francesco, il Comune di Orosei e l'ATI Ghiaccio Gianluca - Fulgheri Impianti (risultata aggiudicataria) sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria, con nota di questa Autorità in data 30.10.2013.

Con nota del 7.11.2013, il Comune di Orosei ha rappresentato, da un lato, che la procedura di esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art.122 co.9 del D. Lgs. n.163/2006 non è consentita dalla normativa europea - art.55 Direttiva 2004/18/CE del 31.04.2004 (anche se la normativa nazionale lo consente), per cui essendo gli interventi di restauro in questione finanziati con i fondi di cui al P.O. FESR 2007/2013 Asse V LdA 5.2.2.a, l'applicazione di tale procedura comporterebbe il venir meno della certificazione e la perdita del finanziamento. Dall'altro, che il richiamo, al punto 3 del bando e al punto 6 del disciplinare, all'art. 122, co.9 del D.Lgs. 163/06, non comporta che sarà utilizzata la procedura dell'esclusione automatica delle offerte, ma indica soltanto che la fattispecie rientra nell'ambito della citata disposizione in quanto si tratta di un appalto di lavori pubblici sotto soglia da aggiudicarsi al prezzo più basso.

Inoltre l'applicazione del citato art.122, co.9 è stata chiaramente esclusa, in quanto nel punto 3 del bando di gara è stato correttamente riportato ed evidenziato il "criterio di selezione delle offerte", prevedendo, tra l'altro, testualmente che "La procedura di verifica sarà quella specificata dal combinato disposto degli artt.87 co.1 e 88 dello stesso codice"

Con nota del 7.11.2013, l'impresa Ghiaccio Gianluca, richiamato il punto 21 del Bando di gara (relativo al termine per l'impugnazione dello stesso), ha evidenziato che la partecipazione alla procedura implica l'accettazione della lex specialis e di tutte le clausole in essa contenute, salvo che le stesse siano in contrasto con la normativa vigente o lesive della concorrenza: ipotesi da escludere nella fattispecie in esame.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda l'affidamento dei lavori in oggetto ed, in particolare, la legittimità o meno della procedura seguita dalla Stazione appaltante, in spregio - secondo la prospettazione dell'istante - alle previsioni del bando e del disciplinare di gara.

Nello specifico, si sostiene che il Comune, anzichè disporre l'aggiudicazione provvisoria a favore del concorrente che aveva presentato l'offerta con il maggior ribasso, chiedendo la giustificazione ex art.87 del Codice dei contratti, avrebbe dovuto procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 122, co.9 del Codice dei contratti, richiamato nella lex specialis.

Ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie in questione, occorre esaminare le previsioni rilevanti nel caso di specie.

Il bando di gara, al punto 3 - Criterio di selezione delle offerte, prevede che "Ai sensi dell'art.122, comma 9 D.lgs. 163/2006 la gara, con ammissibilità di offerte solo al ribasso, sarà esperita con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante offerta a

prezzi unitari, da predisporre ai sensi dell'art.119 del regolamento di attuazione del codice dei contratti approvato con D.P.R. n.207/2010. In applicazione degli artt. 121, comma 1 e 86, comma 1 del codice dei contratti emanato con D.Lgs. n.163/06, saranno sottoposte a verifica di congruità le offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art.86, comma 1, dello stesso codice. Nel calcolo della soglia di anomalia le medie sono calcolate fino alla terza cifra decimale arrotondata all'unità superiore qualora la quarta cifra decimale sia pari o superiore a cinque. La procedura di verifica sarà quella specificata dal combinato disposto degli artt.87 co.1 e 88 dello stesso codice".

Il disciplinare di gara, al punto 6 - Svolgimento della gara, dispone che "Verrà effettuata secondo le procedure previste dagli artt. 86 c.1 e 122 c.9 del D.Lgs. 163/06".

L'art.122 - Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia, al comma 9, dispone che "Per i lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano 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 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3".

Nel caso in esame, alla luce del dato letterale delle succitate previsioni della lex specialis, appare legittimo l'operato della stazione appaltante che non si è avvalsa della facoltà di cui all'art.122, co.9, considerato che - diversamente da quanto sostenuto dall'istante - non era stata prevista nel bando "l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86".

Ed invero, il punto 3, comma 1, del bando, cita semplicemente l'art.122 co. 9 quale norma prevista dal legislatore per i contratti pubblici di lavori sotto soglia, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, e - al successivo comma 2 - chiarisce espressamente, per il profilo che in questa sede rileva, che "In applicazione degli artt. 121, comma 1 e 86, comma 1 del codice dei contratti emanato con D.Lgs. n.163/06, saranno sottoposte a **verifica di congruità** le offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art.86, comma 1, dello stesso codice...La procedura di verifica sarà quella specificata dal combinato disposto degli artt. 87 comma 1 e 88 dello stesso codice".

Conseguentemente, è chiara la scelta fatta dalla Stazione appaltante in sede di predisposizione della lex specialis, la quale ha inteso non avvalersi dell'esclusione automatica. Come in altre occasioni chiarito da questa Autorità, "stando al dettato normativo di cui all'articolo 122, comma 9, ai fini dell'applicabilità del meccanismo dell'esclusione automatica, occorre che il bando abbia espressamente previsto tale possibilità, trovando altrimenti applicazione la disciplina di verifica della congruità prevista agli artt. 87 e 88 del Codice" (Pareri di precontenzioso n. 57 del 2013 e n. 127 del 2013).

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

che nel caso di specie la stazione appaltante abbia agito in conformità alla lex specialis di gara e alle previsioni del codice dei contratti in materia di individuazione, verifica ed esclusione delle offerte anomale.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2014

Il Segretario: Maria Esposito