

Parere n.57 del 23/04/2013

PREC 24/2013/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società COGECAR Italia S.r.l. - " *Procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di restauro e risanamento conservativo ed adeguamento funzionale dell'immobile denominato Palazzo delle Finanze, sito in Como, Piazzale San Gottardo*" - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 1.202.695,95 - S.A.: Agenzia del Demanio - Filiale Lombardia.

Appalto lavori pubblici sotto soglia di importo superiore a 1 milione di euro - Criterio del prezzo più basso - Verifica di congruità - Regime transitorio ex art. 253 comma 20-bis D.Lgs. 163/2006 - Contrasto tra bando e disciplinare di gara.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 8 gennaio 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale viene richiesta una pronuncia di questa Autorità, in merito alla legittimità della procedura di gara in oggetto.

La questione controversa è sintetizzabile come segue.

Nel bando di gara (al punto XIX) era indicato che l'appalto sarebbe stato aggiudicato ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 118, comma 1, lett. b), del D.P.R. n.207/2010 (aggiudicazione con il criterio del massimo ribasso per contratto da stipulare a corpo). Nel disciplinare di gara (al punto 8) veniva precisato che, ai sensi del combinato disposto normativo di cui sopra, l'appalto sarebbe stato aggiudicato, previa verifica della congruità delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86, comma 1, e fatto salvo quanto previsto dall'art. 86, comma 3, del precitato decreto legislativo (valutazione della congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, apparisse anormalmente bassa).

Inoltre, la stazione appaltante precisava che, ai sensi dell'art. 253, comma 20- bis, del D.Lgs. n. 163/2006, avrebbe provveduto, nel caso di un numero di offerte ammesse maggiore o uguale a dieci, all'aggiudicazione previa esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86, mentre in presenza di un numero di offerte valide inferiore a dieci la stazione appaltante precisava che non si sarebbe proceduto alla determinazione della soglia di anomalia, fermo restando il potere di valutare la congruità delle offerte.

L'istante lamenta che " *la stazione appaltante ha proceduto ad aggiudicare l'appalto all'impresa che ha offerto il maggior ribasso senza procedere a quanto indicato nel disciplinare di gara ovvero ai sensi del comma 20-bis dell'art. 253 del D.Lgs. n. 163/2006, mediante l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006*".

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 13 febbraio 2013, ha fatto seguito la memoria della S.A. in data 22 febbraio 2013, con la quale quest'ultima controdeduce come segue, evidenziando il pieno rispetto della normativa di settore.

Al punto XXI del bando di gara (omesso dall'istante) era precisato (testuale) " *verranno escluse le offerte che risulteranno anomale, in esito alla verifica di cui all'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006*".

In data 2 ottobre 2012 ha avuto luogo la seduta pubblica di gara per l'apertura delle offerte ed in tale occasione la Commissione ha puntualizzato che il criterio di aggiudicazione sarebbe stato quello previsto al punto XIX del bando sopra citato, così come espressamente riportato nel relativo verbale di gara, in coerenza con i più recenti principi comunitari in materia di appalti che impongono la verifica di anomalia dell'offerta.

Come comunicato alla COGECAR in data 8 gennaio 2013, la S.A. ha precisato che, seppur nel disciplinare di gara si era riservata la facoltà di effettuare, nel caso di un numero di offerte valide maggiore di dieci, l'applicazione dell'esclusione automatica, ai sensi del comma 20- bis dell'art. 253 del D.Lgs. n. 163/2006, " *tale possibilità, non è stata poi affermata nel Bando di gara; pertanto, la mancanza di tale obbligatoria previsione nel bando di gara (che è predominante rispetto al disciplinare) produce l'inapplicabilità della procedura di esclusione automatica, così come espressamente previsto dall'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006*".

Prosegue la stazione appaltante citando una copiosa giurisprudenza a supporto della asserita prevalenza del bando rispetto agli altri documenti di gara e sottolineando, per ultimo, come l'aggiudicazione dei lavori, secondo la procedura di cui all'art. 82, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006 ed art. 118, comma 1, lett. b), del D.P.R. n. 207/2010, risulti essere in sintonia con i principi generali dettati dal Codice, come quello di favorire la concorrenza, assicurando al contempo l'esecuzione dei lavori al miglior prezzo di mercato.

Considerato in diritto

La questione sottoposta all'attenzione di questa Autorità verte sull'applicabilità del meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte prescritto dal solo disciplinare e non anche dal bando di gara.

Più in dettaglio, nel caso di specie il meccanismo di esclusione automatica è contemplato dal disciplinare che, mediante rinvio all'art. 253 comma 20-bis del Codice, ne ha previsto l'operatività in caso di presentazione di un numero di offerte valide superiore a dieci.

Ai sensi dell'art. 253 comma 20-bis cit., introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. II), della L. n.

106/2011, le stazioni appaltanti possono applicare, fino al 31 dicembre 2013, il meccanismo dell'esclusione automatica per tutti gli appalti di importo contenuto nelle soglie indicate dall'art. 28, in deroga alle soglie più ristrette previste, per i lavori, dall'art. 122 comma 9 del Codice e, per i servizi e forniture, dall'art. 124 comma 8 del medesimo.

Attesa pertanto l'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica anche alla gara *de qua*, nonostante l'importo a base d'asta superi il milione di euro contemplato dalla soglia massima dall'art. 122 comma 9 del Codice, resta da dirimere la questione relativa al conflitto, nell'ambito della *lex specialis* di gara, delle disposizioni che disciplinano la verifica di congruità delle offerte sospette di anomalia.

L'istante, infatti, contesta l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'impresa che ha offerto il maggior ribasso senza che la stazione appaltante abbia proceduto, in ossequio alle disposizioni del disciplinare di gara, all'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006.

Stando al dettato normativo di cui all'art. 122 comma 9 del Codice, 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.

Rilevata l'assenza di tale possibilità all'interno del bando, che invece rinvia espressamente all'art. 88 del Codice, e ritenuto di aderire all'orientamento consolidato della giurisprudenza secondo cui, in caso di contrasto tra le prescrizioni del bando e quelle contenute in altre disposizioni di gara, il primo deve prevalere su quelle difformi di *lex specialis*, deve giudicarsi conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante che ha provveduto all'aggiudicazione provvisoria senza applicazione dell'esclusione automatica delle offerte.

Il dato normativo di riferimento va rinvenuto, quanto alla determinazione della soglia di anomalia, nell'art. 86, comma 1, nonché nel comma 3 della medesima disposizione quanto alla possibilità per la stazione appaltante di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

In ordine ai criteri di verifica delle offerte anormalmente basse e al procedimento di verifica e di esclusione di queste ultime troveranno rispettivamente applicazione gli artt. 87 e 88 del Codice.

In conclusione, rilevato che la gara ha registrato un numero di offerte valide superiore a dieci e che il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso per un importo a base d'asta di euro 1.202.695,95, e in aderenza a quanto prescritto nel bando, sussiste l'obbligo della stazione appaltante di sottoporre a verifica di congruità le offerte che si collocano nella soglia di anomalia come determinata ai sensi del comma 1 dell'art. 86 del Codice, non potendo trovare applicazione né l'esclusione automatica di cui all'art. 122 comma 9 del medesimo Codice, né la deroga al criterio di individuazione della soglia di anomalia di cui al comma 1 dell'art. 86 cit., ammessa dal comma 4 della medesima disposizione solo quando il numero di offerte ammesse sia inferiore a cinque.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti e con le precisazioni di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito