

Parere n. 35 del 25/02/2010

Protocollo PREC 97/09/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 Silgeo s.r.l. - Lavori di realizzazione di scalo d'alaggio e servizi portuali per la pesca - Importo a base d'asta € 217.055,30 - S.A.: Comune di Stintino

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 3 luglio 2009, la Silgeo s.r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla procedura aperta avente ad oggetto lavori di realizzazione di scalo d'alaggio e servizi portuali per la pesca, bandita dal Comune di Stintino per un importo a base d'asta pari a € 217.055,30.

Al riguardo, l'istante ha rappresentato che in data 22 giugno 2009 sono state espletate le operazioni di gara in esito alle quali è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'incanto in favore della ditta Sub Service s.r.l., con un ribasso percentuale del 15,318 %, mentre l'offerta dell'istante è risultata la più alta fra quelle valide, con un ribasso pari al 20,222%. La Commissione di gara ha escluso automaticamente le offerte che hanno presentato un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, 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. A giudizio dell'istante il procedimento di aggiudicazione, adottato dalla Commissione di gara è palesemente illegittimo essendo stato violato l'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce che la Commissione di gara, in presenza di un numero di offerte inferiori a dieci, come nel caso di specie, non avrebbe dovuto applicare l'esclusione automatica prevista dall'art. 86, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006. Infatti, il procedimento erroneamente adottato per l'individuazione della ditta provvisoriamente aggiudicataria, era previsto dal Codice dei contratti pubblici prima della modifica intervenuta nel 2008, quando era prevista l'esclusione delle offerte anomale a meno che il numero delle offerte fosse inferiore a cinque e anche se il bando di gara, nell'esplicitare il criterio di selezione delle offerte, prevede che in presenza di un numero di offerte ammesse inferiore a 5 non si procederà alla determinazione della soglia di anomalia, è chiaro che la norma da applicare alla procedura concorsuale in questione è quella di cui all'art. 122, comma 9, del citato D.Lgs. n. 163/2006, come modificato e integrato dal D.Lgs. n. 152/2008 e dal D.L. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, Il Comune di Stintino ha prodotto la nota prot. n. 7722 del 5 agosto 2009, mentre la Sub Service s.r.l. ha controdedotto con nota pervenuta in data 13 agosto 2009.

La stazione appaltante ha rilevato che in virtù della connotazione di Regione Autonoma a Statuto speciale, la Regione Sardegna ha specificatamente disciplinato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, approvando la L.R. n. 5 del 7 agosto 2007, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Sardegna n. 26 dell'11 agosto 2007 e che ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale, le disposizioni della L.R. n. 5/2007 si applicano agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo sia inferiore che superiore alle soglie comunitarie, da eseguirsi sul territorio regionale, indipendentemente dalla provenienza dei finanziamenti. La Corte Costituzionale, con sentenza 17 dicembre 2008, n. 411, ha dichiarato illegittimi alcuni articoli della legge regionale citata, ma non quelli che interessano la fattispecie; quindi, le procedure in materia di appalti pubblici risultano regolate in Sardegna dalla L.R., n. 5/2007, per la parte in vigore, non dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Consulta, e dal D.Lgs. n. 163/2006, come successivamente modificato ed integrato, per quanto concerne gli ambiti precedentemente disciplinati da norma regionali dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte Costituzionale. In relazione a tale quadro normativo, il bando di gara risulta redatto conformemente alle norme vigenti ed, in particolare, l'art. 29 della L.R. n. 5/2007, circa i "soggetti ammessi alle gare", rimanda alla disciplina statale e, quindi, la stazione appaltante ha fatto riferimento al novellato art. 38 del D.Lgs n. 163/06, per quanto concerne la formulazione delle dichiarazioni contenute nella "scheda A", mentre, per quanto concerne la valutazione delle offerte anormalmente basse, il bando risulta redatto secondo il disposto dell'art. 20, commi 8 e 9 della L.R. n. 5/2007, come precisato puntualmente nello stesso bando a pag. 1 nel punto "Criterio di selezione delle offerte" (rigo 7). Quindi, la Commissione di gara ha correttamente operato in conformità alle disposizioni del bando di gara e della disciplina regionale e nazionale applicabile alla fattispecie.

La Sub Service s.r.l. ha osservato che il bando di gara stabilisce quale criterio di aggiudicazione l'articolo 20, comma 9, della legge della Regione Autonoma della Sardegna n. 5/2007, il quale prevede che in presenza di un numero di offerte ammesse inferiore a cinque non si procede alla determinazione della soglia di anomalia. Tale disposizione risulta vigente perché non dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale, sicché correttamente la Commissione giudicatrice ha aggiudicato la gara alla Silgeo s.r.l.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, va, preliminarmente, individuata la disciplina applicabile alla fattispecie, osservando che dal bando di gara risulta che trattasi di procedura aperta ai sensi dell'art. 17 L.R. n. 5/2007.

Relativamente ai criteri di selezione delle offerte, il bando di gara stabilisce che "Ai sensi degli artt. 18 e 20 della L. R. n. 5/2007 e 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 determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara con esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, 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 (art. 20 L.R. n. 5/2007). In presenza di un numero di offerte ammesse inferiore a 5 non si procederà alla determinazione della soglia di anomalia, fermo restando la facoltà della Stazione appaltante di valutare la congruità delle offerte. Non sono ammesse offerte in aumento".

Ora, è vero quanto asserisce l'istante circa il fatto che l'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato ed integrato dal D.Lgs. n. 152 dell'11 settembre 2008 e dal D.L. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201, stabilisce che "per lavori di 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 86, 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".

Ma è anche vero che nella fattispecie, ai fini della selezione delle offerte, la stazione appaltante ha dovuto tenere conto della disciplina regionale contenuta nella legge della Regione Autonoma della Sardegna n. 5/2007, la quale, per quanto concerne la valutazione delle offerte anormalmente basse, sia in relazione ad appalti sopra soglia, che riguardo ad appalti sotto soglia comunitaria, all'art. 20, commi 7, 8 e 9, stabilisce che: - per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo sia inferiore sia superiore alla soglia comunitaria, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, il soggetto aggiudicatore prevede nel bando la procedura di verifica delle offerte anomale che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente di quelle di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; la congruità delle offerte risultate anomale verrà valutata secondo la procedura prevista dal comma 5; - esclusivamente per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti, possono prevedere nel bando la procedura di esclusione automatica delle offerte risultate anomale in seguito all'applicazione del meccanismo di cui al comma 7; - qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non si applica la media aritmetica di cui al comma 7 e l'esclusione automatica di cui al comma 8; in tal caso, le amministrazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni offerta che appaia in base ad elementi specifici anormalmente bassa.

A differenza di altre disposizioni contenute nella citata legge regionale n. 5/2007 - dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 411/2008 - la disciplina contenuta nei commi 7, 8 e 9 del citato articolo 20 della legge regionale risulta in vigore.

E poiché tale disciplina è stata chiaramente richiamata nel bando di gara (cfr. pag. 1: "Criterio di selezione delle offerte"), deve ritenersi che la Commissione di gara abbia correttamente operato, applicando l'articolo 20, comma 9, della legge regionale n. 5/2007, anziché l'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato ed integrato dal D.Lgs. n. 152 dell'11 settembre 2008 e dal D.L. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che nella fattispecie la stazione appaltante abbia correttamente operato, applicando l'articolo 20, comma 9, della legge regionale n. 5/2007, anziché l'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato ed integrato dal D.Lgs. n. 152 dell'11 settembre 2008 e dal D.L. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 marzo 2010