Parere n. 191 del 03/11/2010

PREC 174/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Gemma Sud Mediterranea Coop. Agricola - Lavori di recupero e riqualificazione del verde urbano della città di Alghero - Importo a base d'asta: € 4.163.963,38 - S.A.: Comune di Alghero (SS).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 dicembre 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa concorrente Gemma Sud Mediterranea Coop. Agricola ha censurato la clausola di cui all'art. 2 del bando di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, nella parte in cui prevede che l'aggiudicazione è effettuata mediante il criterio del prezzo più basso da determinarsi mediante offerta prezzi unitari, con l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, in violazione dell'art. 122, comma 9 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal D.Lgs. n. 152/2008, che limita l'esclusione automatica ai soli appalti di importo inferiore ad 1 milione di euro.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Alghero, con nota del 25 novembre 2009, ha precisato: - che il bando è stato pubblicato sulla G.U.R.I. in data 27 ottobre 2008; - che alla gara hanno partecipato n. 45 imprese di cui n. 7 escluse nella fase di verifica della documentazione amministrativa e n. 12 escluse nella fase di verifica dell'offerta economica; - che nella seduta del 5 febbraio 2009 è stata disposta l'esclusione dell'A.T.I. con capogruppo l'Aristea Service Coop a r.l. unitamente alla Gemma Sud Mediterranea Coop. Agricola, in qualità di mandante, per irregolarità dell'offerta economica; - che con determinazione n. 80 del 17 marzo 2007 (*rectius* 2009), è stata formalizzata l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. con capogruppo Impresa Novaco S.r.l. che ha offerto un ribasso del 18,200% sull'importo a base d'asta di € 4.163.963,38.

La stazione appaltante ha osservato, inoltre, che la cooperativa istante sarebbe stata comunque esclusa per effetto dell'automatica esclusione delle offerte anomale ai sensi dell'art. 2 del bando di gara, avendo formulato il ribasso più alto rispetto a tutte le offerte ammesse e che la sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 411 del 17 dicembre 2008 non avrebbe dichiarato illegittimo l'art. 20, comma 8 della L.R. n. 5 del 7 agosto 2007, che prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale e che non formava oggetto di impugnazione da parte dello Stato, bensì solo il comma 5 della predetta norma.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, occorre preliminarmente ricostruire il complesso delle disposizioni applicabili al caso di specie, a partire dalla censurata clausola del bando di gara di cui trattasi.

L'art. 2 del bando in esame, recante " *criterio di aggiudicazione* ", stabilisce quanto segue: " *l'aggiudicazione è effettuata mediante criterio del prezzo più basso da determinarsi mediante offerta prezzi unitari, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. a) 2) della L.R. n. 5 del 7.8.2007. E' prevista, a norma dell'art. 20, comma 8 della L.R. n. 5 del 7.8.2007, 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. 20, comma 7, della citata L.R. n. 5 del 7.8.2007* ".

Al riguardo, il citato art. 18, comma 1, lett. a) n. 2) della L.R. Sardegna n. 5/2007 prevede che i criteri per l'aggiudicazione degli appalti pubblici sono, per i lavori, quello del prezzo più basso da determinarsi, per i contratti da stipularsi a corpo e misura, mediante ribasso sull'elenco prezzi e, per motivate ragioni, mediante offerta di prezzi unitari.

Dal canto suo, l'art. 20, comma 8 della predetta legge regionale, dispone che " *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* ".

Il comma 7 della citata norma, a sua volta, 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* ".

Infine, il comma 5 della citata norma, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza 3-17 dicembre 2008, n. 411 prevedeva che " *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". Quanto alla normativa statale di cui l'istante deduce la violazione, va ricordato che l'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, nel testo applicabile *ratione temporis*, (dopo la modifica apportata dal terzo decreto correttivo e prima di quella introdotta dall'art. 4-quater, comma 1, lett. e) del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78 convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102) prevedeva 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'art. 86; in tal caso non si applica l'art. 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'art. 86, comma 3"*, in base al quale " *in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa"*. Nella sua originaria formulazione, invece, il predetto art. 122, comma 9 del Codice dei contratti pubblici manteneva la possibilità di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale per i contratti sotto soglia comunitaria alle stesse condizioni già previste dalla legge Merloni, ossia senza prevedere, per il legittimo ricorso a detta esclusione automatica, il suddetto ulteriore limite di importo dei lavori (*inferiore o pari a 1 milione di euro*) successivamente introdotto, ma rendeva tale esclusione automatica "facoltativa", rimettendo alla stazione appaltante la scelta di inserire nel bando tale facoltà ovvero di garantire una verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse al fine di individuare l'offerta realmente migliore nel rispetto delle regole della concorrenza. L'art. 20, comma 8 della L.R. Sardegna n. 5/2007 è del tutto conforme a tale originaria formulazione dell'art. 122, comma 9 del Codice dei contratti pubblici, prevedendo, per gli appalti di lavori sotto soglia comunitaria, la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere nel bando la procedura di esclusione automatica delle offerte anomale.

In tale quadro, anche questa Autorità (parere 9 aprile 2008, n. 104) aveva ritenuto che, ai sensi dell'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006 (nella sua iniziale versione), negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, la stazione appaltante potesse prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia ex art. 86 del Codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, il contesto normativo è nelle more cambiato, sulla scia dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria.

Infatti, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte di giustizia, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non sono soggetti alle procedure previste dalle norme comunitarie, le amministrazioni aggiudicatrici sono comunque tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, punto 60; ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Vestergaard*, punti 20 e 21; sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, *Commissione/Francia*, punto 32 e sentenza 14 giugno 2007, causa C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, punto 33).

Inoltre, con specifico riguardo alla regola dell'esclusione automatica delle offerte anomale, la Corte di giustizia, con la sentenza del 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *Secap* ha affermato che detta regola, formulata in termini imperativi ed assoluti, preclude agli offerenti che hanno presentato offerte anormalmente basse la possibilità di dimostrare che queste ultime sono affidabili e serie e tale aspetto della normativa, secondo la Corte, potrebbe condurre a risultati incompatibili con il diritto comunitario qualora un dato appalto possa presentare, in considerazione delle proprie caratteristiche, un "interesse transfrontaliero certo" e attrarre quindi operatori di altri Stati membri, interesse che un appalto di lavori potrebbe, ad esempio, presentare in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnica o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri (punto 24). Peraltro, una siffatta normativa può dare luogo a comportamenti e ad accordi anticoncorrenziali, se non addirittura a pratiche collusive tra imprese nazionali o locali, intese a riservare a queste ultime gli appalti pubblici di lavori (punto 27).

La Corte di giustizia ha pertanto concluso che i suddetti predetti principi comunitari ostano ad una normativa che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime. Il Giudice comunitario ha tuttavia precisato che l'esistenza di un interesse transfrontaliero potrebbe essere esclusa nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione (punto 31) e che, anche in presenza di un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica delle offerte anomale potrebbe rivelarsi accettabile qualora il ricorso a tale regola sia giustificato dal numero eccessivamente elevato delle offerte, circostanza questa che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice interessata a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa ovvero da poter compromettere la

realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare (punto 32). Alla luce di tali principi, il c.d. terzo decreto correttivo (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 in G.U. 2 ottobre 2008) ha modificato l'art. 122, comma 9 del Codice dei contratti pubblici, riducendo la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale ai soli *"lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro"* e solo quando il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a dieci. Tale modifica è, peraltro, applicabile al bando di gara in questione, pubblicato in data successiva (27 ottobre 2008) all'entrata in vigore del terzo decreto correttivo (17 ottobre 2008).

Inoltre nel caso di specie, pur essendo l'importo a base d'asta (€ 4.163.963,38) inferiore alla soglia comunitaria stabilita dall'art. 28, comma 1, lettera c) del Codice dei contratti pubblici (€ 5.150.000,00), detto importo è notevolmente superiore alla soglia di 1 milione di euro stabilita dal citato art. 122, comma 9, come novellato. Non può, pertanto, ritenersi che il diverso tenore dell'art. 20, comma 8 della L.R. Sardegna n. 5/2007, che consente l'esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti di lavori *" di importo inferiore alla soglia comunitaria "* e non *" di importo inferiore o pari a 1 milione di euro "* autorizzi la stazione appaltante a far prevalere, nella specifica fattispecie in esame, la norma regionale su quella statale e sui principi comunitari, sopra richiamati, ad essa sottesi.

Infatti, come chiaramente affermato dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 411/2008, infatti, la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi *" ambiti di legislazione "* che si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono: in essa pertanto si profila una interferenza tra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, che, tuttavia, si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto ma *" con la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa (sentenza n. 401 del 2007) in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163 del 2006"*.

Alla luce di quanto sopra, la Corte costituzionale, nella citata sentenza, ha affermato che l'art. 4, comma 5 del codice dei contratti, il quale, nella parte in cui stabilisce che le Regioni a statuto speciale adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione, *" impone alle Regioni ad autonomia speciale, in assenza di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del codice dei contratti, di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso"*. Nella specie, lo statuto della regione Sardegna, all'art. 3, lettera e), attribuisce alla medesima una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse generale, alla quale, quindi *" non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale: tali settori sono oggetto di disposizioni del citato codice, alle quale pertanto il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi"*.

Né può ritenersi che, nella fattispecie, l'importo dell'appalto possa considerarsi *" di un valore economico molto limitato "* e tale da escludere quindi un interesse transfrontaliero, come individuato dalla Corte di giustizia nella citata sentenza Secap del 15 maggio 2008. Inoltre, il numero delle offerte (45) non può ritenersi *" eccessivamente elevato "* e tale da compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che la verifica in contraddittorio delle offerte medesime potrebbe comportare.

Ad analoghe conclusioni è giunto il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 11 marzo 2010, n. 1414, pronunciata nella controversia che aveva dato luogo al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nella causa Secap, riguardante un appalto di lavori di importo pari ad € 4.699.999,00, giudicato dal Consiglio di Stato *" tale da poter suscitare un effettivo interesse anche in imprese oltre confine "*.

La contrarietà al diritto comunitario di una normativa che disponga l'esclusione automatica di un'offerta, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico in cui importo non raggiunge la soglia comunitaria ma che riveste un interesse transfrontaliero certo, è stata inoltre di recente riaffermata dalla Corte di giustizia con sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-376/08, Serrantoni.

Deve pertanto concludersi che l'art. 2 del bando di gara non è conforme alla normativa nazionale applicabile *ratione temporis* nonché alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria di settore.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'art. 2 del bando di gara, che per l'affidamento dei lavori sotto soglia comunitaria in oggetto prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale, non sia conforme alla normativa nazionale applicabile *ratione temporis* nonché alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito