

## **Parere n. 136 del 19/11/2009**

**Protocollo** PREC 37/09/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 Comer Costruzioni Meridionali S.p.A. – Lavori di completamento delle opere di difesa e presidio della sede stradale lungo la S.P. 62 da Caltagirone a Santo Pietro – Importo a base d'asta €5.759.002,58 – S.A.: Provincia Regionale di Catania

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 15 ottobre 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Comer Costruzioni Meridionali S.p.A. ha rappresentato che la Commissione di gara, convocata in seconda seduta presso la sede dell'U.R.E.G.A. Sezione Provinciale di Catania in data 1° ottobre 2008, per l'espletamento della gara concernente l'affidamento dei lavori in oggetto, ha ritenuto illegittimamente di aprire contestualmente le buste contraddistinte con le lettere B) e C), riguardanti, rispettivamente, le offerte economiche e le giustificazioni eventuali delle imprese considerate anomale a seguito di graduatoria. Successivamente all'apertura delle buste B) e C), sono state escluse alcune imprese, tra cui l'odierna istante, in relazione alla mancanza o incompletezza delle giustificazioni dei prezzi e solo dopo queste esclusioni è stato avviato il procedimento di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia. Tale *modus operandi*, asserisce la Comer Costruzioni Meridionali S.p.A., è da considerarsi illegittimo in quanto la commissione non può conoscere gli elementi dell'offerta se prima non ha completato l'esame della documentazione amministrativa e proceduto al calcolo della soglia di anomalia con le relative esclusioni ed ammissioni, elaborando la graduatoria finale (e, quindi, individuando le imprese da sottoporre a verifica di anomalia previa - ma solo in tale momento - apertura delle buste contenenti le giustificazioni). Risultano, quindi, violati, a detta dell'istante, i principi della parità delle condizioni tra i concorrenti e del regolare, trasparente ed imparziale svolgimento della gara, che impongono, finché non siano state valutate in via definitiva l'ammissibilità dei concorrenti alla gara e le eventuali componenti tecnico-qualitative dell'offerta stessa, di non prendere visione del prezzo offerto, essendo a tale scopo prevista la separazione fisica dell'offerta economica dalle buste contenenti le giustificazioni per i prezzi eventualmente risultati anomali. Il descritto comportamento della commissione, peraltro – conclude l'istante – contrasta con le disposizioni del disciplinare di gara che scandiscono dettagliatamente le fasi della procedura.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la Comer Costruzioni Meridionali S.p.A. ha contestato la propria esclusione dalla gara, disposta in quanto l'impresa non avrebbe giustificato alcune voci, evidenziando, altresì, che l'art. 86, comma 5, del D.Lgs. n.163/2006, dispone che all'esclusione potrà farsi luogo solo all'esito di un'ulteriore verifica in contraddittorio circa la congruità dell'offerta (cfr. deliberazione dell'Autorità 12 Luglio 2007 n. 246).

Tali doglianze sono state recepite dalla Sezione Autonoma degli Edili – ANCE Confindustria Catania, con nota prot. n. 330 (priva di data), e segnalate all'UREGA Sez. Catania, all'Assessore Regionale LL.PP., al Dirigente Generale Ispettorato Tecnico LL.PP. e al Dirigente Ispettorato Tecnico LL.PP.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Ubertazzi Comm. Gian Franco & C. S.r.l. (aggiudicataria della gara), con nota pervenuta all'Autorità in data 10 giugno 2009, ha rappresentato che la Comer Costruzioni Meridionali S.p.A. è stata esclusa dalla gara per aver prodotto elementi giustificativi per soli ventuno articoli di elenco prezzi a fronte dei ventiquattro richiesti a pena di esclusione dal bando e dal disciplinare di gara.

### **Ritenuto in diritto**

Ai fini dell'espressione del richiesto parere va, innanzitutto, osservato che il disciplinare di gara dettava specifiche disposizioni circa gli adempimenti a carico della Commissione di gara, prevedendo che: - la busta C) (Giustificazioni) dovesse contenere le giustificazioni dei prezzi relativamente alle voci più significative, a pena di esclusione (punto 1.c); - la Commissione di gara, in seduta pubblica, avrebbe dovuto, tra l'altro, in successione, verificare la correttezza formale delle offerte e della documentazione, verificare il possesso dei requisiti generali, aprire le buste B-Offerta economica, determinare la graduatoria, determinare la soglia di anomalia, individuare le offerte anomale e comunicarle alla sub Commissione; - la sub Commissione avrebbe dovuto aprire le buste C-Giustificazioni e procedere alla verifica delle offerte anomale (punto 2).

Dal verbale di gara del 1° ottobre 2008 emerge, invece, che la Commissione non si è attenuta alle prescrizioni fissate nel disciplinare di gara, in quanto ha aperto contemporaneamente le buste B-offerta economica e C-giustificazioni, ha proceduto immediatamente a non ammettere alla gara, tra le altre, la Comer Costruzioni S.p.A. (la quale non aveva offerto giustificazioni per il totale delle voci di prezzo) e, solo successivamente, ha calcolato la soglia di anomalia, ha individuato le offerte anomale e le ha comunicate alla sub Commissione, la quale ha, poi, proceduto alla verifica dell'anomalia delle offerte, anche attraverso l'esame della documentazione e delle ulteriori giustificazioni fornite nel corso del sub procedimento di verifica e del relativo contraddittorio.

Peraltro, oltre al fatto che l'operato dell'Amministrazione non appare in linea con il disciplinare di gara, deve osservarsi che anche la clausola del disciplinare di gara secondo la quale la busta C) (Giustificazioni) avrebbe dovuto contenere le giustificazioni dei prezzi relativamente alle voci più significative, "a pena di esclusione" (punto 1.c), risulta in contrasto con la disciplina primaria applicabile alla fattispecie.

In merito, si evidenzia che questa Autorità di Vigilanza si è già pronunciata con deliberazione 12 luglio 2007, n. 246, affermando, tra l'altro, che: - l'art. 86, comma 5, del D.Lgs. 163/06 (nella versione antecedente alle abrogazioni e modifiche intervenute con D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102) ha esteso anche ai settori dei servizi e delle forniture la regola, già presente nella normativa sui lavori pubblici, che le offerte siano corredate sin dalla loro presentazione di giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara; tale regola, peraltro non prevista nella normativa comunitaria, ha la chiara finalità di semplificare il procedimento amministrativo e non quella di sanzionare con l'esclusione il mancato rispetto della stessa; - la possibilità di prevedere nel bando modalità di presentazione delle giustificazioni, ponendo la presentazione delle stesse a pena di esclusione, si era posta in passato dinanzi al giudice comunitario e al giudice nazionale che l'hanno ritenuta possibile, ferma la necessità di un contraddittorio successivo, nella misura in cui la stessa fosse applicata non *ex ante* e per tutte le offerte, ma solo nei confronti delle offerte che risultino sospette di anomalia.

Ebbene, sia sulla base della citata deliberazione n. 246/2007 sia in considerazione del costante orientamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale formatasi in materia, può porsi in

discussione la conformità della predetta clausola del disciplinare di gara con le disposizioni vigenti che imponevano alla stazione appaltante di improntare il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta al principio di massima partecipazione dell'offerente (cfr. Corte Giust. Com. Eu., sez. VI, 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99, C-286/99), secondo il metodo del contraddittorio, escludendo la possibilità di disporre immediatamente la non ammissione alla gara delle offerte recanti giustificazioni incomplete.

Del resto, la soluzione favorevole alla possibilità di fornire giustificazioni complete successivamente alla presentazione dell'offerta, in omaggio al principio del contraddittorio, è stata seguita anche dalla giurisprudenza che si è pronunciata sull'interpretazione da dare all'art. 21, comma 1-bis, L. n. 109/1994, espressamente richiamato al punto 15 lett. c) del bando di gara, trattandosi di procedura di gara bandita nella Regione Sicilia ai sensi dell'art. 20, comma 1, della citata legge n. 109/1994 e s.m., nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, legge regionale 19 maggio 2003, n. 7, legge regionale 29 novembre 2005, n. 16 nonché legge regionale 21 agosto 2007, n. 20 e sua circolare esplicativa (pubblicata su GORS n. 48 del 6 ottobre 2007).

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione della Comer Costruzioni Meridionali S.p.A. non è conforme al procedimento disciplinato dal punto 2 del disciplinare di gara e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 dicembre 2009