

## **Parere n. 12 del 28/01/2010**

**Protocollo** PREC 88/09/L

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Agropoli – Lavori di costruzione di un cineteatro - I lotto – Importo a base d'asta €1.097.155,46 – S.A.: Comune di Agropoli

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 2 aprile 2009 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Agropoli esprimeva di aver avviato la procedura di gara in oggetto in base ad un bando, pubblicato in data 4 febbraio 2009, che prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006. Successivamente, in data 12 febbraio 2009, la stessa stazione appaltante provvedeva ad integrare il bando di gara con la prescrizione, ex art. 86 del citato D.Lgs. n. 163/2006, di corredare l'offerta economica a pena di esclusione, con le giustificazioni di cui all'art. 87, comma 2 del medesimo decreto legislativo, relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.

Prima di esaminare le giustificazioni proposte a corredo dell'offerta con il maggior ribasso percentuale, la stazione appaltante chiedeva a questa Autorità se poteva procedere, ai sensi dell'art. 86, comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006 all'esame delle offerte corredate dalle relative giustificazioni, richieste successivamente con l'integrazione del bando di gara, partendo dall'offerta indicante il maggior ribasso, pur avendo indicato nel bando di gara che avrebbe proceduto all'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 122, comma 9 del citato D.Lgs. n. 163/2006.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, una delle imprese partecipanti alla gara, in specie quella offerente il maggior ribasso, concludeva nel senso della piena operatività dell'integrazione e dell'impossibilità di applicare l'esclusione automatica di cui all'originario bando di gara.

### **Ritenuto in diritto**

Oggetto dell'istanza di parere è la legittimità della determinazione del Comune di Agropoli di procedere all'esame delle offerte corredate dalle relative giustificazioni, richieste successivamente con l'integrazione del bando di gara, partendo dall'offerta indicante il maggior ribasso, pur avendo originariamente stabilito e poi mantenuto nel bando di gara che avrebbe proceduto all'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006.

Nel caso di specie il dubbio evidenziato dalla stessa stazione appaltante deriva dal contrasto prodottosi tra le previsioni del bando di gara a seguito della disposta integrazione dello stesso, prevedendosi, da un lato, l'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi della norma da ultimo richiamata e, dall'altro lato, la necessità di corredare le offerte dei necessari elementi giustificativi al fine della eventuale successiva verifica di anomalia.

In proposito si rileva, in generale, che costituisce principio consolidato in materia di appalti, soprattutto in caso di dubbio interpretativo del bando di gara, quello in base al quale occorre assicurare prevalenza all'interpretazione della *lex specialis* più conforme alle norme vigenti ed ai principi comunitari sulla scorta dei quali le stesse sono state adottate.

Nel caso di specie la norma di cui all'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006, che prevede l'esclusione automatica, pur se richiamata dal bando non è applicabile, in quanto relativa ad appalti di importo inferiore alla prevista soglia di un milione di euro (mentre nella specie l'appalto è pari euro 1.097.155,46). Pertanto occorre dare preminenza alla seconda previsione della *lex specialis*, dalla quale si ricava la necessità, in caso di superamento della soglia di anomalia, di svolgere la verifica in contraddittorio, secondo il principio da ultimo consolidato ex art. 87, comma 1 del citato D.Lgs. n. 163/2006 (modificato dal D.L. 1 luglio 2009, n. 78), a tenore del quale "quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio".

Peraltro, avendo l'Amministrazione comunale stabilito, conformemente alla legge anche se in un momento successivo, di richiedere le giustificazioni - che sono state presentate dai concorrenti - e di procedere alla verifica delle offerte anomale, appare evidente che la stessa abbia inteso abbandonare la precedente determinazione, di segno opposto, di ricorrere all'esclusione automatica, per cui si può altresì ritenere che la prescrizione integrativa contenga un implicito annullamento dell'originaria clausola del bando con essa contrastante e del tutto incompatibile, provenendo tale integrazione dall'organo competente nell'esercizio delle sue attribuzioni e rivestendo la stessa forma del bando.

Più in generale, sui presupposti e sulle modalità applicative della procedura di verifica dell'anomalia si rinvia al contenuto della determinazione di questa Autorità n. 6 dell'8 luglio 2009.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante possa procedere all'esame delle offerte corredate dalle relative giustificazioni senza applicare l'esclusione automatica di cui all'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 febbraio 2010