Parere n. 153 del 09/09/2010

PREC 58/10/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 Cervara di Roma – Lavori di recupero dei percorsi coperti del centro storico - 1° lotto – Importo a base d'asta € 209.250,00 – S.A.: Comune di Cervara di Roma.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 marzo 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Cervara di Roma ha chiesto a questa Autorità di esprimere un parere in merito alla correttezza della procedura adottata per l'affidamento dei lavori in oggetto, di importo inferiore a un milione di euro, nell'individuazione delle offerte anormalmente basse.

Nello specifico, la stazione appaltante ha rappresentato che, in presenza di un numero di offerte pervenute pari a sette, ha proceduto al calcolo della soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, con accantonamento del 10% rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso, ed ha escluso definitivamente le due offerte di maggiore e di minore ribasso. Residuando al termine di tale operazione solo cinque offerte ammesse e non potendosi pertanto procedere all'esclusione automatica, esercitabile, secondo quanto disposto dall'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006 in applicazione al caso di specie, solo quando il numero di offerte ammesse è pari almeno a dieci, la gara è stata aggiudicata provvisoriamente alla ditta che aveva offerto il maggior ribasso tra le cinque rimaste in gara.

La questione sottoposta a questa Autorità riguarda dunque la possibilità, nella fattispecie in esame, di procedere al calcolo della soglia di anomalia secondo la procedura disciplinata dall'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 in presenza di sette offerte pervenute e se, una volta calcolata la soglia di anomalia, con conseguente accantonamento del 10% rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (cd. "taglio delle ali"), le offerte rientranti nelle cosiddette "ali estreme" vadano definitivamente escluse oppure debbano essere riconsiderate insieme alle altre ai fini dell'affidamento.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'impresa CODIBER s.r.l., esclusa dalla procedura di gara in questione per aver presentato l'offerta con maggior ribasso e, pertanto, indicata dalla stazione appaltante come controparte, ha ritenuto di non inviare le proprie controdeduzioni sulla vicenda in contestazione.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la correttezza del procedimento di valutazione delle offerte anomale seguito dalla Commissione di gara in ordine all'appalto di lavori in oggetto, di importo inferiore a un milione di euro e da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Al riguardo occorre evidenziare che secondo quanto disposto dalla *lex specialis* "l'aggiudicazione provvisoria sarà disposta a favore del concorrente che avrà presentato il maggior ribasso

sull'importo dei lavori posto a base di gara, previa esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di 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 minor ribasso precisando che *“la procedura di esclusione automatica non sarà esercitata qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a 10”*.

Giova, preliminarmente, considerare che l'operazione matematica disciplinata dall'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 all'interno del procedimento per la determinazione della soglia di anomalia e richiamata dalla stazione appaltante nella disciplina di gara, il cosiddetto “taglio delle ali”, prevede in realtà solo un accantonamento provvisorio del 10% rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso; la “esclusione” di cui parla la citata disposizione è da ritenersi tale ai soli fini della procedura di computo della soglia di anomalia.

In questo senso si è espressa una consolidata giurisprudenza sostenendo che *“ai sensi dell'art. 86 comma 1 il taglio delle ali serve, unitamente ad altri elementi, solo per individuare la soglia di anomalia delle offerte e non per escludere automaticamente dalla gara le imprese che hanno presentato offerte nel detto taglio”* (Cfr. tra le altre TAR Puglia, Lecce, sezione III, n. 1460 del 2009, TAR Liguria, sezione II, n.1554 del 2006). Si tratta pertanto solo di una operazione “virtuale”, finalizzata unicamente al calcolo della media e non all'esclusione automatica delle offerte marginali, rispetto alle quali non può considerarsi preclusa una valutazione di congruità delle giustificazioni rese in ordine ai prezzi offerti, atteso che la *ratio* sottesa al meccanismo del c.d. “taglio delle ali” è solo quella di evitare, nella determinazione della soglia di anomalia, il prodursi di effetti distorsivi determinati dalle offerte marginali (cfr: Consiglio di Stato, Sez V, sentenza 30 agosto 2004, n. 5656, riferita all'art. 21, comma 1 bis della legge n. 109/94 poi trasfuso nell'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006).

Non appare, pertanto, conforme alle richiamate disposizioni normative nella loro corretta interpretazione, l'operato della stazione appaltante che, una volta individuata la soglia di anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 con conseguente “taglio delle ali”, proceda alla esclusione delle offerte rientranti nelle cosiddette ali estreme.

Nel caso di specie, peraltro, trattandosi di un appalto di lavori inferiore ad un milione di euro, la richiamata disciplina di cui all'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 doveva essere coordinata con la previsione di cui all'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006, relativa all'esclusione automatica delle offerte.

Secondo la citata norma *“Per lavori di importo inferiore o pari ad 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 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 tale facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10; in tal caso si applica l'art. 86 comma 3.”*.

Conformemente a quanto previsto dalla citata norma, la stazione appaltante aveva inizialmente previsto nel bando di gara la possibilità di procedere all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse purché il numero delle offerte ammesse fosse pari almeno a dieci.

Occorre evidenziare, al riguardo, che il legislatore, nel mentre nega la possibilità di esercitare la facoltà di esclusione automatica qualora il numero delle offerte ammesse risulti inferiore a dieci, contestualmente dispone che *“in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3”* del D.Lgs. n. 163/2006, il quale prevede la facoltà per la stazione appaltante di *“valutare la congruità”* delle offerte che *“in base ad elementi specifici”* appaiano anormalmente basse.

Come chiarito anche da questa Autorità nella Determinazione n. 6 dell' 8 luglio 2009 *“non si procede all'esclusione automatica, ancorchè sia previsto nel bando, qualora il numero delle offerte ammesse e quindi ritenute valide sia inferiore a dieci; in tal caso non si procede al calcolo della soglia di anomalia ma resta impregiudicata la facoltà di procedere alla verifica della congruità ai sensi dell'art. 86 comma 3 del Codice”*.

In base alle considerazioni espone, pertanto, nel caso in esame, la stazione appaltante, preclusa la possibilità di esercitare la facoltà di esclusione automatica dalla gara di quelle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, per essere il numero di offerte ammesse pari a sette, quindi inferiore alla soglia individuata dall'art. 122, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006, non avrebbe dovuto procedere al calcolo della soglia di anomalia, applicando il procedimento disciplinato dall'art. 86, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, né tanto meno individuare ed escludere definitivamente dalla gara le due offerte rientranti nelle "ali estreme", ma avrebbe dovuto procedere senz'altro, ai sensi dell'art. 86, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006, alla valutazione discrezionale della congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, apparisse anormalmente bassa, secondo i criteri ed il procedimento di verifica di cui agli artt. 86, 87 e 88 del D.Lgs. n. 163/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura adottata dalla stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 settembre 2010