

PARERE N. 189 DEL 21/11/2012

PREC 62/12/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 F.I.St.Ed.El. di Fallea Salvatore - cottimo appalto ex articolo 24, comma 11 legge n. 109/94 per l'affidamento dei lavori di “*sistemazione della vasca di dissipazione e delle canalette di raccolta sul paramento di valle e di pulizia del canale di restituzione e dei canali sulla colmata di valle della diga Gibbesi* – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta 129.160,21 Euro – S.A. Assessorato regionale dell'energia e dei servizi di pubblica utilità della Regione Siciliana.

Soglia di anomalia – art. 24 , comma 11 legge 109/94

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 febbraio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'impresa F.I.St.Ed.El. di Fallea Salvatore ha chiesto un parere in merito all'operato della commissione di gara, che, nella aggiudicazione dei lavori in oggetto, avrebbe errato nella determinazione della soglia di anomalia delle offerte. L'istante ritiene infatti che avrebbe potuto aggiudicarsi la gara se solo detta soglia fosse stata correttamente determinata.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 26 marzo 2012, la stazione appaltante ha ribadito la correttezza del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la correttezza delle operazioni di gara seguite, nell'ambito della gara in oggetto, per la determinazione della soglia di anomalia. Orbene, per la soluzione del caso in esame, occorre preliminarmente precisare che, alla data della lettera di invito alla gara in oggetto (14/12/2011), i lavori pubblici in Sicilia erano disciplinati dalla Legge Regionale n. 12 del 12/07/2011. A norma di tale legge, a far data dal **29/07/2011**, nel territorio della Regione Sicilia si applicano il d.lgs. n. 163/2006 (*Codice dei contratti pubblici*) ed il D.P.R. n. 207/2010 (*Regolamento di attuazione*), con le esclusioni espressamente disposte dalla legge regionale (*articolo 7, commi 8 e 9, articolo 84, commi 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11 e 12, articolo 128 e articolo 133, comma 8, del Codice, e parti del Regolamento di attuazione riferibili alle norme escluse*), e con le modifiche apportate dalla medesima legge regionale.

L'art. 31 della nuova legge regionale contiene una disciplina transitoria in base alla quale gli appalti di lavori, servizi e forniture i cui bandi siano pubblicati entro il 31/12/2011 possono essere affidati ed eseguiti sulla base della normativa previgente, fermo restando l'obbligo del loro adeguamento alle previsioni di cui agli articoli 4, 5, 6 e 7. Sono comunque fatti salvi i progetti approvati in linea tecnica prima del 29/07/2011, fermo restando l'obbligo del loro adeguamento alla disciplina scaturente dal D.P.R. 207/2011 successivamente al 31/12/2011. In base a tale norma

transitoria, si deve considerare corretta l'indizione della gara di cui al presente parere riguardante un cottimo appalto ai sensi dell'articolo 24-bis della legge n. 109/94 vigente nella Regione Sicilia.

Il detto articolo 24, comma 11, dispone: **“Per l'affidamento dei lavori mediante trattativa privata, previa gara informale, si applica il criterio del massimo ribasso di cui all'articolo 1, primo comma, lettera a), della legge 2 febbraio 1973, n. 14. Sono escluse dall'aggiudicazione le offerte che presentano un ribasso superiore di oltre il 10 per cento rispetto alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte ammesse risulti inferiore a cinque.”**

Il quesito riguarda l'interpretazione da dare al periodo **“Sono escluse dall'aggiudicazione le offerte che presentano un ribasso superiore di oltre il 10 per cento rispetto alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse.”** contenuto nel detto comma 11 dell'articolo 24.

Ad una prima lettura, la formulazione della norma sembra portare a due possibili interpretazioni:

- 1. il valore del dieci per cento è una costante che deve essere sommata alla media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse;**
- 2. il valore del dieci per cento si riferisce alla media aritmetica dei ribassi ammessi e costituisce il valore da sommare alla media aritmetica dei ribassi ammessi.**

Gli effetti delle due interpretazioni comportano la determinazione di soglie di anomalia profondamente diverse con conseguenti notevoli effetti sulla individuazione dell'aggiudicatario. Se, per esempio, la media aritmetica fosse pari al 21%, secondo la prima interpretazione la soglia sarebbe pari al 31% ($21\%+10\%$) mentre secondo la seconda interpretazione sarebbe pari al 23,1% [$21\%+(0,10*21,00)\%$].

La commissione di gara ha applicato la disposizione secondo la prima interpretazione. La media dei ribassi era risultata pari a 21,0175% che, incrementata del 10%, determinava una soglia di anomalia pari a 31,0175%. Di conseguenza l'offerta immediatamente inferiore a tale valore era quella del concorrente Gimel s.r.l. pari a 28,6000% e pertanto l'appalto è stato aggiudicato a tale impresa.

L'impresa F.I.St.Ed.El. nell'istanza sostiene che l'interpretazione corretta è la seconda. La soglia di anomalia sarebbe secondo l'istante pari a 23,119195% [$21,01745\%+(0,10*21,01745)\%$] e la sua offerta pari a 16,19,81% sarebbe quella immediatamente inferiore alla soglia.

Una attenta e razionale lettura della norma conduce a ritenere che la commissione di gara abbia erroneamente interpretato la disposizione in parola e che, invece, l'interpretazione corretta sia quella indicata dall'istante. Il valore del dieci per cento non può costituire una costante da sommare alla media aritmetica dei ribassi ammessi in quanto è proprio la formulazione della norma **“ribasso superiore di oltre il dieci per cento rispetto alla media aritmetica dei ribassi”** a specificare che il valore del dieci per cento va rapportato alla media dei ribassi e non costituisce una costante da aggiungere a tale media; tant'è che la traduzione in formula del dispositivo normativo in parola equivale ad affermare che è anomala l'offerta che soddisfa la seguente disequazione:

$$\frac{\text{Offerta}_{i\text{-esima}}}{\text{Media delle offerte}} > 1,1$$

Sviluppando la disequazione, sono da escludere le offerte

$$\begin{aligned} \text{Offerta}_{i\text{-esima}} &> \text{Media delle offerte} * (1 + 0,1) \\ &= \text{Media delle offerte} + 10\% * \text{Media delle offerte} \end{aligned}$$

che corrisponde al dettato normativo.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura seguita dalla Commissione di gara per la determinazione della soglia di anomalia non sia conforme alla disposizione di cui all'art. 24, comma 11 legge 109/94, applicabile alla gara in oggetto.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 novembre 2012
Il Segretario Maria Esposito