

Parere n.127 del 17/07/2013

PREC 133/13/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Ares srl - "Realizzazione delle opere per la riduzione del rischio idraulico a difesa del centro abitato di Carlentini – 1^a stralcio – lotto 2" - Importo a base di gara € 582.016,71 – S.A.: Comune di Città di Carlentini.

Art. 122 comma 9 D.Lgs. 163/2006. Anomalia. Esclusione automatica. Previsione esplicita della lex specialis di gara.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 aprile 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale Ares srl, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della determina del responsabile P.O. Area III — LL.PP. n. 148 del 27/03/2013 di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria originariamente disposta a suo favore poiché "*nella lettera invito della gara relativa all'affidamento dei lavori in oggetto, al punto 15. CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE manca del tutto la previsione, della opzione relativa alla esclusione automatica ai sensi del comma 9 dell'art. 122 del Codice, e che ciò obbliga la S.A. ad aggiudicare la gara al maggior offerente ai sensi dell'art.82 dello stesso Codice, previa verifica delle offerte anormalmente basse*", nonché in merito alla legittimità della successiva aggiudicazione nei confronti di GROUPECO AMBIENTE s.r.l.,

Con determina del Capo Area III LL.PP. n. 7 del 21/01/2013 veniva approvato il progetto esecutivo di "Realizzazione delle opere per la regimentazione e riduzione del rischio idraulico a difesa del centro abitato di Carlentini - 1° Stralcio - Lotto 2° - Rami 7 e 8", ai sensi dell'ad. 97 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, come recepito dalla L.R. n. 12 del 12/07/2011 e veniva adottata la determina a contrarre con cui veniva stabilita, per ragioni di urgenza, la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, nonché veniva stabilito che la congruità delle offerte sarebbe stata valutata secondo i criteri dell'art. 86 comma 1 del D. Lgs. 163/2006.

Con verbale di aggiudicazione provvisoria, redatto in data 25/02/2013, pubblicato all'Albo Pretorio on-line dell'Ente al n. 195 dal 26/2/2013 al 13/3/2013, venivano aggiudicati provvisoriamente i lavori di cui all'oggetto alla ditta ARES srl, che aveva offerto il ribasso del 29,6737%, risultato immediatamente inferiore alla soglia di anomalia pari al 29,8408%, calcolata ai sensi dell'art. 86 comma 1 del D. Lgs. 163/2006, escludendo automaticamente tutte le offerte che superavano detta soglia.

La ditta GROUPECO AMBIENTE s.r.l., con una prima nota prot. n. 4035 del 28/02/2013, faceva rilevare alla stazione appaltante che: "*... la lettera di invito relativa alla procedura negoziata in parola, fa riferimento esclusivamente quale criterio di aggiudicazione, al prezzo più basso e all'applicazione del ribasso percentuale sull'importo posto a base di gara ai sensi dell'art. 82 del D. Lgs. 163/2006, con l'individuazione dell'offerta anormalmente bassa ai sensi dell'art. 86 0.1 del D.Lgs. 163/2006... e pertanto l'aggiudicazione andava fatta in favore dell'impresa che ha offerto il maggior ribasso previa verifica di congruità*". Con una seconda nota prot. n. 5217 del 19/03/2013, in risposta a precedente nota della stazione appaltante, la stessa ditta GROUPECO AMBIENTE s.r.l., faceva rilevare ulteriormente che "*... l'operazione matematica disciplinata dall'art. 86, comma 1 del D. Lgs. 163/2006 all'interno del procedimento, serve unicamente all'individuazione della soglia di anomalia e non alla esclusione automatica delle offerte che superano detta soglia,*

disciplinata invece dall'art. 122 comma 9, la cui previsione opzionale, doveva essere riportata esplicitamente nella lettera invito...".

La stazione appaltante, considerato che nella lettera di invito al punto 15 "CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE", mancava del tutto la previsione della opzione relativa alla «*esclusione automatica*» ai sensi del comma 9 dell'art. 122 del Codice, e, ritenendo che ciò obbligasse l'amministrazione ad aggiudicare la gara al maggior offerente, ai sensi dell'art.82 dello stesso Codice - previa verifica delle offerte anormalmente basse, eseguita ai sensi degli artt. 87 e 88 del D. Lgs. 163/2006 - riconosceva valide le motivazioni addotte dall'Impresa GROUPECO AMBIENTE s.r.l., nelle note sopra richiamate, e con determina del responsabile P.O. Area III — LL.PP. n. 148 del 27/03/2013 annullava in autotutela l'aggiudicazione provvisoria in favore della Società Ares S.r.l.. Successivamente, in data 08/04/2013, il Presidente della commissione riapre il verbale di gara in seduta pubblica, (previo avviso a tutti i partecipanti), e disponeva la verifica di congruità delle tre migliori offerte risultate anormalmente basse secondo il calcolo eseguito ai sensi dell'art. 86 comma 1 dello stesso D. Lgs. 163/2006. Ricevuto il verbale del 07/05/2013, con il quale la sub-commissione tecnica aveva valutato la congruità delle tre migliori offerte presentate, il Presidente della Commissione disponeva, previo avviso a tutti i partecipanti, la riapertura della seduta pubblica per il giorno 13/05/2013, nella quale veniva aggiudicata provvisoriamente la gara alla ditta "GROUPECO AMBIENTE s.r.l.", offerente il maggior ribasso, ritenuto congruo, pari al 33,7680%.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 7 giugno 2013 sono pervenute memorie del Comune di Città di Carlentini e di Ares srl.

Ritenuto in diritto

La questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità dell'annullamento in autotutela - disposto dalla commissione di gara - dell'aggiudicazione provvisoria originariamente attribuita ad Ares s.r.l. in quanto la stazione appaltante ha ritenuto che non si potesse procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale ex art. 122 comma 9 D.Lgs. 163/2006, in quanto detta opzione non era prevista dalla lettera di invito la quale, al punto 15, stabiliva che *"La valutazione e la congruità dell'offerta sarà effettuata ai sensi dell'art. 86 comma 1 D.Lgs. 163/2006"*.

L'art. 122 comma 9 del D.Lgs 163/2006 (comma tra l'altro modificato dall'art. 1, comma 1, lettera bb), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008, poi modificato dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102 in vigore dal 05/08/2009), recita espressamente *"Per 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'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1. 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'articolo 86, comma 3."*

Sostiene l'istante che, nella specie, la legge di gara recasse un rinvio generale ed ampio alla disciplina dettata dagli artt. 86 e ss e 122, D.lgs. 163/2006, in punto di individuazione delle offerte anomale. Tale ampia e generale formulazione, dunque, in difetto di una contraria ed espressa limitazione, doveva necessariamente ritenersi comprensiva e riferibile anche alla facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale prevista dall'art. 122, comma 9 del Codice. Tant'è che l'Amministrazione aveva correttamente proceduto in tal senso, salvo poi rivedere il proprio operato. Inoltre, sostiene l'istante che l'Amministrazione, in ogni caso, non potrebbe procedere *sic et simpliciter* alla mera riapertura della procedura di gara. La tesi fatta propria dall'Amministrazione, infatti, importerebbe *quam minime* la caducazione dell'intera procedura e la sua riedizione, nel rispetto dei principi di correttezza, trasparenza, imparzialità, segretezza delle offerte e buon andamento. La riapertura della procedura ad offerte ormai note si porrebbe infatti in aperto dissidio con i superiori principi e con le esigenze di imparzialità e trasparenza che presiedono allo

svolgimento delle procedure di gara. Infine, sostiene l'istante che, nella denegata ipotesi in cui la stazione appaltante volesse confermare i provvedimenti assunti, risulterebbe evidente nella specie la sussistenza di una responsabilità di tipo precontrattuale della stazione appaltante nei confronti di Ares srl.

Le censure sono infondate.

La formulazione dell'art. 122 comma 9 D.Lgs. 163/2006 non lascia alcun margine di dubbio che la previsione dell'esclusione automatica sia una mera opzione lasciata alla facoltà delle SS.AA., che possono prevederla o meno nel bando di gara o lettera invito. A conferma di ciò si legga T.A.R.

Palermo Sicilia sez. III, 20 luglio 2011, n. 1419 secondo cui *“Nel caso in cui, nel bando di gara, non sia espressamente previsto un richiamo all'art. 122 comma 9, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la stazione appaltante è tenuta ad assoggettare a contraddittorio le offerte potenzialmente anomale”*. Analogamente T.A.R. Brescia Lombardia sez. II, 11 gennaio 2010, n. 16 secondo cui *“Ai sensi del combinato disposto degli art. 86 comma 1 e 122 comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 l'esclusione automatica - quale eccezione alla regola generale - deve essere espressamente contemplata dalla "lex specialis". Trattandosi di riserva che limita il confronto competitivo e potenzialmente incide sulla "par condicio" delle imprese partecipanti, la stazione appaltante può intraprendere la procedura di esclusione automatica delle offerte ai sensi dell'art. 122, d.lgs. n. 163 del 2006 solamente facendolo risultare dal bando in modo inequivoco, ossia con riferimento palese a tale disposizione”*. Nella fattispecie in esame non risulta un richiamo esplicito da parte della lettera di invito alla esclusione automatica delle offerte anomale. Nello stesso senso T.A.R. Catania Sicilia sez. I, 02 aprile 2007, n. 594 secondo cui *“Ai sensi dell'art. 122, d.lg. n. 163 del 2006, ove la stazione appaltante intenda avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte in un gara per l'affidamento di un appalto di opere pubbliche, deve rendere noto espressamente detto intendimento nel relativo bando”*.

Anche questa Autorità, del resto, con la determinazione n. 4/2012 (bando –tipo) ha precisato che *“La regola posta dall'art. 87, comma 1, del Codice – secondo cui all'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio con il concorrente – incontra l'eccezione dell'esclusione automatica che può essere prevista nel bando nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, le offerte presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ex art. 86 e siano rispettati i limiti di importo del contratto stabiliti, per i lavori, dall'art. 122, comma 9 (importo inferiore o pari a 1 milione di euro) e, per i servizi e le forniture, dall'art. 124, comma 8 (importo inferiore o pari a 100.000 euro)”*. Inoltre, non si può ritenere che la rivalutazione dell'anomalia da parte della commissione di gara possa incidere sulla segretezza delle offerte e sulla *par condicio* dei concorrenti, posto che detta operazione, avendo carattere puramente matematico, non consente alla commissione di gara di esprimere alcuna discrezionalità sulla scelta dell'aggiudicatario.

Infine, nessuna responsabilità precontrattuale è ravvisabile in capo all'amministrazione in considerazione della legittimità delle operazioni selettive e di quelle di autotutela alla luce delle considerazioni sopra esposte e, conseguentemente, viene in rilievo il difetto del danno ingiusto, presupposto di ogni forma di responsabilità civile.

Conseguentemente, deve ritenersi che le operazioni di gara siano legittime e conformi all'art. 122 comma 9 D.Lgs. 163/2006 e che la stazione appaltante abbia correttamente proceduto, in autotutela, all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in capo ad Ares srl. Non sussiste il danno ingiusto e, quindi, non è prospettabile la responsabilità precontrattuale.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Carlentini abbia legittimamente annullato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria in capo ad Ares srl., ai sensi dell'art. 122 comma 9 D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente : Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito