

Parere n.18 del 25/2/2015

PREC 159/14/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dall'impresa edile Fazio Vincenzo – Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per l'acquisto e recupero di immobili nel centro storico, da rendere disponibili per famiglie, prevalentemente con bimbi in età scolare, integrato da interventi di ospitalità diffusa per il turismo stagionale e per il sistema dei centri per la didattica nel Comune di Jacurso - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 194.855,63 – S.A.: Centrale Unica di Committenza presso l'Unione Comuni di "Monte Contessa" (CZ)

Lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro

La facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale non è esercitabile nelle procedure negoziate per lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro ove siano ammesse offerte in numero inferiore a dieci

Art. 122, comma 9, d.lgs. 163/2006 - Art. 121, comma 8, d.p.r. 207/2010

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza presentata in data 8.05.2014, l'impresa edile Fazio Vincenzo domanda un parere con riferimento alla legittimità della procedura negoziata ex art. 122, comma 7 e ex art. 57, comma 6, d.lgs. 163/2006, indetta dalla Centrale Unica di Committenza presso l'Unione Comuni di "Monte Contessa" (CZ) e inerente lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro. L'istante contesta l'illegittimità dell'esclusione automatica dalla gara della propria offerta risultata anomala e della conseguente aggiudicazione dell'appalto in favore della Giu.Ste.Fra. S.r.l. ritenendo i provvedimenti della stazione appaltante in contrasto con l'art. 122, comma 9, d.lgs. 163/2006 e con l'art. 121, comma 8, d.p.r. 207/2010. Ad avviso dell'istante, in considerazione del numero di offerte pervenute inferiore a dieci, la stazione appaltante non avrebbe potuto procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, ma avrebbe dovuto valutare se procedere alla verifica di congruità sensi dell'art. 86, comma 3, d.lgs. 163/2006 o aggiudicare provvisoriamente la gara all'istante avendo quest'ultimo presentato l'offerta economica con il maggior ribasso d'asta.

Nel corso della procedura di gara, ammesse alla valutazione n. 6 offerte, la commissione di gara individuava le offerte anomale determinando nella misura del 5.861% la soglia di anomalia e applicando l'esclusione automatica delle offerte risultanti pari o superiori alla detta soglia di anomalia, inclusa l'offerta dell'impresa istante che ha offerto il maggior ribasso del 33,50% e aggiudicando provvisoriamente l'appalto alla Giu.Ste.Fra. Srl. La commissione di gara decideva in tal senso sulla base di quanto previsto dalla *lex specialis* di gara. Il punto 13 della lettera di invito indica: «Si specifica che essendo i lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro e tenuto conto che il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante prevede nel presente 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'art. 86 del D.lgs. 163/2006; in tal caso si applica l'art. 87, comma 1; Esercitando l'esclusione automatica quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque; in tal caso si applica l'art. 86, comma 4». Il successivo punto 16 della lettera di invito, con riferimento alle "offerte anormalmente basse", prescrive: «Troverà applicazione, qualora sussistano i presupposti di legge in ordine al numero delle offerte ammesse, il procedimento dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del D.lgs. 163/2006. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 86, comma 3 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 s.m.i., l'Amministrazione può comunque sempre valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa». Il disciplinare di gara, allegato alla

lettera di invito, prevede al punto 2: «Nella individuazione della migliore offerta, ai sensi dell'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006 s.m.i., troverà applicazione il procedimento dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 s.m.i. (si seguiranno le modalità operative specificate dall'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici in materia di offerte di ribasso anormalmente basse pubblicata nella G.U.R.I. n. 24 del 31 gennaio 2000)».

Il procedimento è stato avviato in data 11 giugno 2014.

La stazione appaltante, nella memoria in data 20.6.2014, rappresenta che la commissione di gara ha assunto le proprie determinazioni nel rispetto della lettera di invito e del disciplinare di gara, individuando la soglia di anomalia delle offerte al 5.861% con conseguente esclusione delle offerte oltre la predetta soglia, tra le quali anche quella dell'istante, che presentava una percentuale di ribasso del 33,50% che appariva smisuratamente bassa rispetto alla individuata soglia di anomalia. La stazione appaltante ha ritenuto di procedere all'esclusione dell'offerta stessa, decidendo di non avvalersi della facoltà ex art. 86, comma 3, d.lgs. 163/2006 di valutare la congruità di ogni offerta che apparisse, in base ad elementi specifici, anormalmente bassa e "assolutamente inaffidabile".

La controinteressata ha trasmesso memoria in data 18.6.2014. Sono, quindi, pervenute controdeduzioni dell'istante in data 27.6.2014.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di controversia attiene alla corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 122, comma 9 e art. 86, comma 3, d.lgs. 163/2006 nella procedura negoziata ex art. 122, comma 7 e ex art. 57, comma 6, d.lgs. 163/2006, indetta dalla Centrale Unica di Committenza presso l'Unione Comuni di "Monte Contessa" (CZ) e inerente i lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro, per l'ipotesi che la lettera di invito abbia previsto comunque l'esclusione automatica delle offerte anomale anche ove siano pervenute offerte in numero inferiore a dieci.

La censura sollevata dall'istante è condivisa da questa Autorità.

Rispetto alla procedura di gara in esame trova applicazione l'art. 122, comma 9, d.lgs. 163/2006 ai sensi del quale: «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 5. 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». Il richiamato art. 86, comma 3, d.lgs. 163/2006 prescrive: «In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa».

La normativa in questione ha carattere imperativo determinando un fenomeno di eterointegrazione della *lex specialis* di gara, e trovando applicazione, anche in contrasto con la disciplina stessa di gara come dimostra anche la disciplina regolamentare in attuazione dell'art. 122, comma 9, del Codice. Infatti, l'art. 121, commi 8 e 9, d.p.r. 207/2010 prescrive: «Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci e di conseguenza non si proceda all'esclusione automatica delle offerte, pur se prevista nel bando, e alla determinazione della soglia di anomalia, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruità di cui all'articolo 86, comma 3, del codice. La verifica è effettuata mediante richiesta delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, del codice, con la procedura di cui all'articolo 88, del codice. Nel caso in cui venga accertata la congruità delle offerte sottoposte a verifica, ovvero nel caso in cui la stazione appaltante non si avvalga della facoltà di cui all'articolo 86, comma 3, del codice, il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, aggiudica provvisoriamente la gara. Si applicano i commi 4, 5 e 6. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di

importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il bando preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale e il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a dieci, il soggetto che presiede la gara procede ad aggiudicare provvisoriamente la gara». Considerata la disciplina codicistica e tenuto conto del dettato regolamentare, in linea con l'orientamento già espresso nel parere di precontenzioso n. 185 del 7.11.2012 e nel parere n. 94 del 5.6.2013, la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile nelle procedure negoziate per lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro ove siano ammesse offerte in numero inferiore a dieci. In tali casi, la scelta della stazione appaltante deve essere nel senso di esercitare la facoltà prevista all'art. 86, comma 3, del Codice oppure di procedere all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto all'impresa che abbia presentato l'offerta economica con il massimo ribasso. Né, come riterrebbe la stazione appaltante, la valutazione dell'offerta anormalmente bassa ed il conseguente giudizio di "assoluta inaffidabilità" della stessa può essere rimesso ad una valutazione della stazione appaltante che prescindendo dal procedimento di verifica ex artt. 86, comma 3, 87, comma 2 e 88, del Codice, richiamato espressamente all'art. 121, commi 8 e 9, d.p.r. 207/2010.

Pertanto, in base a quanto sopra considerato,

il Consiglio

ritiene illegittima per contrasto con l'art. 122, comma 9, d.lgs. 163/2006 e con l'art. 121, comma 8, d.p.r. 207/2010, l'esclusione automatica dell'istante dalla procedura e la conseguente aggiudicazione dell'appalto alla Giu.Ste.Fra. S.r.l.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2015
Il Segretario Maria Esposito