

CIRCOLARI

ASSESSORATO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITÀ

CIRCOLARE 31 luglio 2015.

Circolare esplicativa della legge regionale 10 luglio 2015, n. 14.

A TUTTE LE STAZIONI APPALTANTI
DELLA REGIONE SICILIANA

A TUTTI GLI U.R.E.G.A.

A TUTTI I LIBERI CONSORZI
DELLA REGIONE SICILIANA

A TUTTI I COMUNI
DELLA REGIONE SICILIANA

AGLI ENTI PUBBLICI
SOTTOPOSTI A CONTROLLO E VIGILANZA
DELLA REGIONE SICILIANA

ALLA PRESIDENZA
DELLA REGIONE SICILIANA

ALLA SEGRETERIA GENERALE

AGLI UFFICI DI DIRETTA COLLABORAZIONE
DEGLI ASSESSORI REGIONALI

AI DIRIGENTI GENERALI
DEI DIPARTIMENTI REGIONALI

AI DIRIGENTI RESPONSABILI
DEGLI UFFICI SPECIALI

e p.c. ALL'UFFICIO LEGISLATIVO E LEGALE
DELLA REGIONE SICILIANA

Con la legge regionale 10 luglio 2015, n. 14, pubblicata nel supplemento ordinario n. 1 alla *Gazzetta Ufficiale* della Regione siciliana n. 29 del 17 luglio 2015, il Governo regionale, preso atto della facoltà, già contemplata dall'articolo 19 della vigente legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, di applicare per gli appalti di lavori, servizi o forniture che non abbiano carattere transfrontaliero, e nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, il criterio dell'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, ha introdotto una modifica per la determinazione della soglia di anomalia.

La suddetta modifica è stata temporalmente prevista nel rispetto delle disposizioni introdotte dall'articolo 253, comma 20 bis, "Norme transitorie" del Codice dei contratti (D.Lgs. n.

163/2006 e ss.mm.ii.), recepito dalla legge regionale 12 luglio 2011, n. 12 con rinvio dinamico, che contempla la facoltà di applicare tale criterio fino al 31 dicembre 2015, per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28 del suddetto Codice.

È opportuno sottolineare che la modifica introdotta non pregiudica né altera le regole stabilite dal legislatore nazionale, volte ad assicurare un equilibrio nel mercato, né genera vantaggi e/o svantaggi competitivi, quindi non incide sulla materia relativa alla tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore nazionale, ma si inquadra nella residua potestà delle regioni di emanare norme pro-concorrenziali, purché siano compatibili con le regole essenziali che disciplinano le procedure di gara, ascritte in via esclusiva alla potestà legislativa del legislatore nazionale.

Ad ulteriore chiarimento si ritiene opportuno evidenziare che la tutela della concorrenza è materia riservata all'intervento esclusivo del legislatore nazionale (cfr. Costituzione articolo 117, comma 2, lettera e). Tuttavia, sentenze della Suprema Corte (cfr. sentenze n. 401 e n. 431 del 2007) assicurano alle Regioni la facoltà di adottare misure pro-concorrenziali, a patto che le stesse producano effetti indiretti sul mercato degli appalti cioè non "in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza".

Orbene, nel concreto, avuto riguardo alla natura ed alla portata dell'intervento normativo, lo spazio che la Regione siciliana ha occupato pur afferendo, sia pure in forma indiretta, alla tutela della concorrenza - riservata, com'è noto, alla potestà legislativa esclusiva nazionale - risulta legittimo, trattandosi, per quanto sopra scritto, di intervento normativo pro-concorrenziale ad effetti indiretti, che, pertanto, non altera le regole stabilite dal legislatore nazionale a tutela della concorrenza. Anzi, l'introduzione dell'articolo 1 della legge regionale n. 14/2015 sembra favorire un aumento della concorrenzialità, scongiurando al contempo accordi collusivi che violano i principi della libera concorrenza tra le imprese.

Infatti, se attraverso il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso disciplinato dall'articolo 86, comma 1, del Dlgs n. 163/2006, possono risultare offerte con eccessivo ribasso e con rischi di predeterminazione del numero e dell'ammontare delle offerte stesse, limitando la determinazione della soglia di anomalia in quanto ristretta alle sole offerte che contribuiscono al calcolo di cui sopra, con l'introduzione del

nuovo metodo disciplinato dall'articolo 1 della legge regionale n. 14/2015, non solo si evitano gli effetti negativi sopra citati, ma viene notevolmente aumentata la concorrenzialità, in quanto la soglia di anomalia viene determinata sulla media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte che rimangono in gara, dopo il taglio delle ali, introducendo un correttivo aleatorio che discende dalla somma di tutte le offerte ammesse. In tal modo contribuiscono alla determinazione della soglia di anomalia un maggior numero di offerte, nel rispetto dei principi dettati dall'articolo 117, comma 2, lettera e), della Costituzione sulla tutela della concorrenza.

La modifica normativa attiverà quindi meccanismi pro-concorrenziali, che assicureranno la più ampia apertura e partecipazione a tutti gli operatori economici, e, dunque, la promozione della concorrenzialità nel mercato degli appalti.

La legge è esplicitata in due articoli, dei quali il primo sostituisce il comma 6 dell'articolo 19, e nello specifico ripropone con modifica il comma 6 ed introduce i tre successivi commi 6 bis, 6 ter e 6 quater, il secondo dispone l'entrata in vigore della legge.

Entrando nel merito della norma, si riporta di seguito una breve descrizione dei commi introdotti accompagnata da un breve commento sulle finalità perseguite, e da alcune indicazioni ritenute utili al fine di una chiara applicazione.

Con l'introduzione del comma 6 bis il legislatore interviene sul criterio di aggiudicazione, introducendo per la determinazione della soglia di anomalia, una variabile aleatoria che incrementa o decrementa la media aritmetica dei ribassi, calcolata dopo aver eseguito il taglio delle ali, di una percentuale pari alla prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi.

Tale modifica nella determinazione della soglia di anomalia, a differenza di quella previgente che ne prevedeva la determinazione suddetta ai sensi dell'articolo 86 del codice dei contratti (media aritmetica delle offerte ammesse dopo il taglio delle ali incrementato dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media), persegue due finalità importanti in quanto i concorrenti nel formulare le offerte:

- non tenderanno a proporre ribassi sempre crescenti, come è stato verificato dall'esperienza sull'attuale metodo di determinazione della soglia di anomalia, considerata l'aleatorietà (incremento o decremento della media calcolata);

- non potranno più basarsi su dati statistici finalizzati soltanto ad aggiudicarsi la gara ricorrendo talvolta ad accordi collusivi, e conseguentemente formularanno le offerte sulla base di una attenta analisi del progetto e dei costi sostenibili oltre che sulla propria organizzazione aziendale.

Al fine di esplicitare con chiarezza la modifica introdotta si riporta di seguito, a titolo esemplificativo, l'ordine delle operazioni da eseguire per la determinazione della soglia di anomalia:

1) esclusione in misura del 10% arrotondato all'unità superiore, delle offerte ammesse di maggior ribasso e di minor ribasso (cd taglio delle ali);

2) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse dopo l'esclusione del 10% (cd taglio delle ali);

3) somma di tutti i ribassi delle offerte ammesse;

4) se la prima cifra, dopo la virgola, della somma dei ribassi di cui al punto 3) è un numero pari, la media aritmetica calcolata al punto 2) viene incrementata di un valore percentuale, pari alla stessa cifra, calcolato sulla media aritmetica. Pertanto la media aritmetica incrementata determina la soglia di anomalia;

5) se la prima cifra, dopo la virgola, della somma dei

ribassi di cui al punto 3) è un numero dispari, la media aritmetica calcolata al punto 2) viene decrementata di un valore percentuale, pari alla stessa cifra, calcolato sulla media aritmetica. Pertanto la media aritmetica decrementata determina la soglia di anomalia;

6) se la prima cifra, dopo la virgola, della somma dei ribassi di cui al punto 3) è zero la media aritmetica calcolata al punto 2) rimane tale e determina la soglia di anomalia;

7) l'aggiudicazione è disposta in favore dell'offerta che più si avvicina per difetto alla soglia di anomalia come determinata ai superiori punti 4) ovvero 5) ovvero 6).

Con l'introduzione del comma 6 ter il legislatore ha inteso sottolineare le criticità che derivano dai ribassi superiori al 25%, ed ha ritenuto che il superamento di tale soglia imponga una attenta analisi preventiva da parte del concorrente, finalizzata all'eventuale verifica in sede di valutazione di congruità dell'offerta.

La norma precisa che i concorrenti producano, ove abbiano formulato un ribasso superiore al 25%, le analisi giustificative che, in caso di aggiudicazione, saranno oggetto di verifica da parte dell'organismo alla suddetta verifica deputato.

Con l'introduzione del comma 6 quater, infine, il legislatore ha demandato all'Assessore per le infrastrutture e la mobilità il compito di individuare le modalità per la verifica della congruità delle offerte, ma soprattutto di dettare disposizioni per la correlazione fra le previsioni contenute delle analisi giustificative e l'esecuzione dei lavori.

Per una migliore comprensione di quanto sopra illustrato, si riportano 3 esempi sul calcolo della soglia di anomalia.

Punto 4): prima cifra pari dopo la virgola della somma dei ribassi.

Se ad esempio per la celebrazione di una gara pervengono n. 30 offerte, si procede con il taglio delle ali nella misura del 10%. Pertanto vengono escluse n. 3 offerte con maggior ribasso e n. 3 con minore ribasso, rimanendo 24 offerte in gara.

Si procede quindi alla somma dei ribassi delle offerte ammesse supponendo che essa sia pari a 440,8421. Si elabora quindi il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse dopo il taglio delle ali e si ottiene un valore pari a 18,3684, ponendo l'attenzione che, in presenza di ribassi identici, questi verranno computati una sola volta.

Orbene dal momento che, la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi ammessi, è pari (440,8421), la media aritmetica (18,3684) viene incrementata dal valore percentuale risultante dall'8% calcolato sulla stessa media aritmetica ($18,3684 \times 8 : 100 = 1,4695$). Quindi il valore della soglia di anomalia risulterà dalla somma $18,3684 + 1,4695 = 19,8379$.

L'aggiudicazione viene fatta all'offerta che più si avvicina per difetto, alla soglia di anomalia così ottenuta.

Punto 5): prima cifra dispari dopo la virgola della somma dei ribassi.

Se ad esempio per la celebrazione di una gara pervengono n. 30 offerte, si procede con il taglio delle ali nella misura del 10%. Pertanto vengono escluse n. 3 offerte con maggior ribasso e n. 3 con minore ribasso, rimanendo 24 offerte in gara.

Si procede quindi alla somma dei ribassi delle offerte ammesse, supponendo che essa sia pari a 443,9616. Si elabora quindi il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse dopo il taglio delle ali e si ottiene un valore pari a 18,4984, ponendo l'attenzione che, in presenza di ribassi identici, questi verranno computati una sola volta.

Orbene dal momento che, la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi ammessi, è dispari (443,9616), la media aritmetica (18,4984) viene decrementata dal valore percentuale risultante dal 9% calcolato sulla stessa media aritmetica ($18,4984 \times 9 : 100 = 1,6648$). Quindi il valore della soglia di anomalia risulterà dalla differenza $18,4984 - 1,6648 = 16,8336$.

L'aggiudicazione viene fatta all'offerta che più si avvicina per difetto, alla soglia di anomalia così ottenuta.

Nel caso in cui il valore della soglia di anomalia così determinata risulta inferiore all'offerta di minor ribasso ammessa, la gara si aggiudica a quest'ultima.

Punto 6): prima cifra zero dopo la virgola della somma dei ribassi.

Se ad esempio per la celebrazione di una gara pervengono n. 30 offerte, si procede con il taglio delle ali nella misura del 10%. Pertanto vengono escluse n. 3 offerte con maggior ribasso e n. 3 con minore ribasso, rimanendo 24 offerte in gara.

Si procede quindi alla somma dei ribassi delle offerte ammesse dopo il taglio delle ali, supponendo che essa sia pari a 436,0021. Si elabora quindi il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse dopo il taglio delle ali e si ottiene un valore pari a 18,1668, ponendo l'attenzione che, in presenza di ribassi identici, questi verranno computati una sola volta.

Orbene dal momento che la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi ammessi è zero (436,0021), la media aritmetica rimane tale e rappresenta la soglia di anomalia. L'aggiudicazione avviene all'offerta che più si avvicina per difetto alla soglia di anomalia così ottenuta.

I contenuti della presente circolare assumono il carattere di direttiva nell'ambito dell'Amministrazione regionale e degli enti o amministrazioni da questa controllati, vigilati o sottoposti a tutela, nei cui confronti i vari rami della medesima Amministrazione avranno l'onere di ampia diffusione.

La legge regionale n. 14 del 10 luglio 2015 null'altro ha innovato nel merito delle disposizioni dettate dalla legge regionale 12 luglio 2011, n. 12 e pertanto la citata normativa esplica appieno i suoi effetti obbligando i soggetti, da essa previsti, ad affidare l'esecuzione dei lavori ad imprese in regola con il dettato normativo.

La presente circolare sarà pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Regione siciliana e potrà essere consultata nel sito istituzionale della Regione siciliana, Assessorato delle infrastrutture e della mobilità - Dipartimento regionale tecnico.

L'Assessore: PIZZO

Il dirigente generale del Dipartimento regionale tecnico: ARNONE

(2015.32.2007)090