

Le offerte anormalmente basse secondo la disciplina del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Gabriele Gentilini

marzo 2007

- ✚ La fonte comunitaria
- ✚ Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sui criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse
- ✚ Consiglio di Stato, Sez. V, 20/3/2007 n. 1343
- ✚ Verifica delle offerte anormalmente basse
- ✚ Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse

La fonte comunitaria - In ordine al primo punto si ricorda che il legislatore comunitario, tra l'altro, con la direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ha disposto tramite l'art. 55 in materia di offerte anormalmente basse, quanto segue:

1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione.

Dette precisazioni possono riguardare in particolare:

a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;

- b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;
- d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;
- e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite .

3. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione.

Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sui criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse – Con riferimento al d.lgvo 163/2006 di attuazione, tra l'altro, della citata direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, si fa menzione di quanto disposto dall'art. 86 il quale discerne tra le ipotesi in cui per l'aggiudicazione di una gara venga utilizzato il criterio del prezzo più basso oppure quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La problematica dell'anomalia dell'offerta si pone in maniera tanto più pressante quanto più sentita è l'esigenza, come manifestata più volte dalla stessa Autorità garante per la concorrenza e il mercato, di garantire la massima concorrenzialità in modo tale da, nella salvaguardia dei contribuenti, consentire alla stazione appaltante di giungere alla efficienza del prodotto con l'impiego di un'equa spesa. Tuttavia se la spesa derivante dall'offerta del concorrente appare eccessivamente bassa, tale da confliggere con la remuneratività della stessa, può sospettarsi della sua appropriatezza e qualità. Dal che sorge l'esigenza di operare le necessarie verifiche.

In tale ambito *la nuova normativa portata dal codice non contempla più una distinzione tra gli appalti sotto e quelli sopra soglia*. Ne consegue che le procedure disposte dalla normativa citata sono applicabili adesso ad entrambe le tipologie di appalti. Nel sistema precedente era previsto per i contratti sotto soglia il regime - ritenuto dal giudice comunitario in contrasto con il diritto comunitario sugli appalti pubblici - della esclusione automatica delle offerte anomale.

La Corte di Giustizia europea nei procedimenti riuniti C-285/99 e C-286/99, si è pronunciata, in ordine alla Direttiva 93/37/CEE - *Appalti di lavori pubblici - Aggiudicazione degli appalti - Offerte anormalmente basse - Modalità di giustificazione e di esclusione applicate in uno Stato membro - Obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice in base al diritto comunitario*, sulle questioni ad essa sottoposte dal Consiglio di Stato con ordinanze del 26 maggio 1999, nel senso seguente, come è documentato dal dispositivo della sentenza stessa.

L'art. 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel modo seguente:

Esso si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, pari ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti.

Esso si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali.

Per contro esso non si oppone, in via di principio, nella misura in cui tutti i requisiti che impone siano per il resto soddisfatti e gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/37 non siano pregiudicati, alla normativa

ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, da un lato, obbligano tutti gli offerenti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni dei prezzi proposti relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta, e, dall'altro, applicano un metodo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media dell'insieme delle offerte ricevute per l'aggiudicazione di cui trattasi, di modo che gli offerenti non sono in grado di conoscere tale soglia al momento del deposito del loro fascicolo, dovendo tuttavia il risultato al quale porta l'applicazione di tale metodo di calcolo essere riesaminato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Dispone il decreto delegato 163/2006, all'art. 86, comma 5, che le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.

Nello specifico quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, a condizione che il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a cinque nel qual caso si applica il più flessibile criterio previsto dal 3^a comma dell'art. 86 del codice, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento (cd. taglio delle ali), arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello

scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

Quando, dispone la norma, il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

L'art. 86, comma 3, del detto d.lgvo 163/2006, dispone in maniera del tutto flessibile e trasparente, che, in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Nonostante il codice dei contratti pubblici superi il criterio di esclusione automatica per le offerte anomale, l'art. 122 dello stesso codice, sulla *disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia*, dispone che 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. Così come l'art. 124, sugli *appalti di servizi e forniture sotto soglia*, dispone che 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 86, comma 5.

Comunque in entrambe le categorie di appalti di lavori pubblici e di servizi e forniture sotto soglia, *la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque*. In tal caso si applica l'articolo 86, comma 3 secondo il quale in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Consiglio di Stato, Sez. V, 20/3/2007 n. 1343 – A livello giurisprudenziale il giudice amministrativo, di secondo grado, di cui si riporta qui di seguito parte del provvedimento emanato, ha statuito, in un caso concreto che *quanto agli appalti in cui l'aggiudicazione avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 554 del 1999, stabilisce, all'art. 91, comma 4, che la stazione appaltante "può" procedere alla verifica di cui all'art. 64, comma 6, dello stesso decreto, che, a sua volta, dispone che la verifica della congruità dell'offerta "può" essere prevista dal bando quando "i punti relativi al prezzo e la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione sono pari o superiori a quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara."*

Appare evidente che, nel silenzio della legge sul punto, la normativa regolamentare rimetta alla discrezionalità dell'Amministrazione di prevedere nella lex specialis di dar corso alla verifica dell'anomalia quando si verificano le circostanze sopra illustrate, ma che, contrariamente a quanto hanno erroneamente ritenuto i primi giudici,

la detta normativa non possa assumere il significato di impedire all'Amministrazione di individuare l'anomalia adottando altro criterio di valutazione che meglio si attagli alle peculiarità della gara bandita. Questo ordine di idee, ispirato all'esigenza di adattare il metodo di individuazione dell'anomalia alla specificità della gara, trova conferma nella nuova disciplina della materia dettata dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, di attuazione delle Direttive 2004/17CE e 2004/18/CE, che, sebbene non in vigore all'epoca dei fatti, risente della riflessione maturata in oltre un decennio di esperienza nell'applicazione dell'istituto in esame.

E' da ammettere, in primo luogo, come rilevato dai primi giudici, che il comma 2 dell'art. 86 del menzionato "Codice dei contratti pubblici", con riguardo al sistema di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rende obbligatorio un metodo di individuazione dell'anomalia, corrispondente a quello previsto dall'art. 64 del d.P.R. n.554 del 1999, sopra ricordato, ma la circostanza, come ha osservato la difesa dell'...appellante, suona indiretta conferma del fatto che tale criterio dovesse considerarsi facoltativo prima dell'entrata in vigore della nuova normativa.

In secondo luogo, occorre mettere in evidenza i connotati tipici della potestà di verifica della congruità delle offerte quali emergono dai commi 3 e 4, dello stesso articolo 86.

Il comma 3 stabilisce che, al di là dell'obbligo di cui ai commi 1 e 2, "In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia

anormalmente bassa”, così riconoscendo la massima ampiezza (In ogni caso...) alla libertà dell'apprezzamento sul sospetto di anomalia. Ma ancor più chiaramente il comma 4, nel disporre: “Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque.”, lungi dal vietare la valutazione sulla anomalia e la relativa verifica nella detta ipotesi, ha il solo scopo di escludere l'obbligatorietà di calcolare la soglia di anomalia, poiché la disposizione aggiunge: “In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3.”, ossia, sono comunque autorizzate a valutare la congruità dell'offerta.

In sostanza la nuova normativa, confermando quanto già disposto dall'art. 89, comma 2, ultimo periodo, del Regolamento, accoglie la distinzione da operare tra l'obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia individuati dalla legge, e la facoltà riservata all'Amministrazione di ipotizzare autonomamente, “in base ad elementi specifici”, casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti.

Con riguardo alla normativa vigente al momento dei fatti di causa, non si rinvencono ragioni di ordine testuale o sistematico, per ritenere che, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il combinato disposto di cui agli art. 91 e 64 del Regolamento, vietasse di procedere all'individuazione dei casi di anomalia in base ad un criterio diverso da quello ipotizzato nelle dette disposizioni.

Nel caso in esame l'Amministrazione, in considerazione del rilievo che il fattore prezzo assumeva nell'economia complessiva dell'appalto (65 punti su 100), si è riservata di valutare l'anomalia

delle offerte alla stregua dell'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109, senza per questo violare il combinato disposto di cui agli artt. 91 e 64 del Regolamento, il cui contenuto precettivo, va ribadito, non è quello, di imporre un criterio esclusivo di individuazione dell'anomalia dell'offerta ma di autorizzarne l'impiego negli appalti da giudicare col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ferma restando la facoltà di adottare un criterio diverso.

Deve quindi farsi applicazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'obbligo di motivazione può ritenersi adeguatamente assolto quando la stessa emerga agevolmente dalla valutazione complessiva dell'atto (Cons. St., Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6814; Sez. IV 6 ottobre 2003, n. 6814).

Verifica delle offerte anormalmente basse – Come sopra specificato le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.

Le concrete modalità operative attraverso le quali la stazione appaltante ha da verificare l'anomalia dell'offerta sono disposte nel citato art. 86, commi da 1 a 4 del codice dei contratti pubblici.

Lo scopo del legislatore, in ogni caso, è quello di ammettere solo quelle offerte che abbiano una base di serietà, evitando che la concorrenza spietata e incontrollata possa inficiare la successiva corretta esecuzione.

L'art. 87 dello stesso codice, disponendo in merito ai criteri di verifica delle offerte anormalmente basse, prevede che quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima.

Le stazioni appaltanti, tramite il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi.

Le giustificazioni possono riguardare, *a titolo esemplificativo*:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate;
- c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;
- d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;
- f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;
- g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto

collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

In relazione a quanto sopra è da menzionare che la legge finanziaria 2007 – legge 296/06 – all'art. 1, comma 909, lettera b), ha disposto l'abrogazione della lettera e) del predetto art. 87, comma 2, che prevedeva tra le giustificazioni il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro. Mentre la lettera a) del comma 909, art. 1 della detta finanziaria 2007, introduce nell'art. 86 del codice dei contratti, il comma 3 bis, per il quale le stazioni appaltanti sono tenute a verificare che il valore economico dell'offerta sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, così come periodicamente determinato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Conformemente al diritto comunitario, espresso nella citata direttiva 2004/18, il codice dei contratti pubblici dispone che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza per i quali non sia ammesso ribasso d'asta in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222.

Così come disposto dalla legge finanziaria 2007, art. 1 comma 909 lettera c), nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere

specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture.

La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione.

Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse - Nel caso in cui la stazione appaltante ritenga che le giustificazioni che sono state presentate in sede di offerta non possano essere idonee a rendere non anomala la stessa offerta, procede a formulare la richiesta di giustificazioni per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste.

La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi

necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi.

Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

Tutto ciò posto il sopra citato principio comunitario sulla impossibilità di "rifiutare" le offerte, se non a seguito di una valutazione di merito, concernente la loro congruenze rispetto alle prestazioni da eseguire ed alla loro organizzazione.

Bibliografia

- Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il d.lgs 12 aprile 2006 n 163, Giurdanella, 2006, Napoli;
- Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, Sanino, 2006, Torino;
- Gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, Ponti, 2005, Firenze;
- Il nuovo codice dei contratti pubblici, Massari Greco, 2006, Rimini;
- Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/2005, Garofoli Sandulli, 2005, Milano.

